:: Die Preußischen ::
Realapothekenprivilegien.

Dr. jur. Philipp Deichmann.

Die Preußischen Realapothekenprivilegien.

Die Preußischen Realapothekenprivilegien.

Inaugural-Dissertation

:: der Juristischen Fakultät ::
der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Philipp Deichmann
Referendar in Cassel.

Marburg 1913.

Druck von Rich. Trömner in Cassel.

Referent:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Heymann-Marburg.

Inhaltsverzeichnis.

Vollständig erscheint die Arbeit unter dem Titel „Preußische Apothekenbesitzverhältnisse“ als Nr. 25 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht von Geh.-Rat Prof. Dr. Heymann.

Literatur.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3. Aufl. Berlin 1873.
v. Bitter, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung. Bd. I, 1906.
Böttger, Die Preußischen Apothekengesetze, 4. Aufl. Berlin 1910.
Borgstette, Die Apothekengesetze in Preußen, 4. Aufl. Münster 1906.
Conrad, Elster, Lexis und Loening, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Bd., 3. Aufl. Jena 1909.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des deutschen Reichs. Bd. I, 3. Aufl. Halle 1881.
Enneccerus-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Marburg 1910.
Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Motiven. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. Berlin 1896.
Die Gewerbefrage vor dem Kurhessischen Landtag. Sitzung vom 9. Mai 1863. Cassel 1863.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1902.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1905.
Güthe, Die Grundbuchordnung, 2. Aufl. Berlin 1911.
Haubold, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts, 3. Aufl. Leipzig 1847.
Hinschius, Kirchenrecht.
Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum. München 1768.
Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Leipzig 1904.
Kuhn, Die Rechtsverhältnisse der Apotheker in Preußen bezüglich der Stellvertretung, der Verpachtung der Apotheken und des Haltens von Lehrlingen, im Verwaltungsarchiv 15, S. 60 ff.
Lewinsky, Die Apothekenbetriebsrechte in Preußen. Berlin 1912 (zit. Lewinsky).
Lewinsky, Die verkäufliche Apothekenkonzession nach preußischem Recht. Berlin 1911 (zit. Lewinsky, Apothekenkonzession).
v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, 6. Aufl. München 1911.
Maurenbrecher, Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Bonn 1840.
Matthiessen, Die Befugnis des Zwangsverwalters zur Fortsetzung oder Einrichtung eines Gewerbebetriebs auf dem Grundstück des Schuldners, in Z. Z. P. 31, S. 315.
Mittermayr, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 3. Aufl. Regensburg 1847.
Neukamp, Kommentar zur Gewerbeordnung, 8. Aufl. 1910.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. Berlin.
Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht (Ergänzungsband I zu Dernburg, Bürgerliches Recht). Halle 1903.

Pisko, Das Unternehmen als Rechtsobjekt. Wien 1907.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Pistor, Das Apothekenwesen in Preußen. Berlin 1894.
Rapmund, Die Reform des Apothekenwesens in Preußen in der Zeitschrift für Medizinalbeamte, 17. Jahrg. 1904, S. 437 ff.
Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession. München 1889.
Reyscher, Das Gemeine und Württembergische Privatrecht. 2. Aufl. Tübingen 1846.
Reyscher, Die Realgewerberechte in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 5, S. 53 ff.
v. Rönne, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie. 4. Aufl. Leipzig 1884.
Roth, Bayrisches Zivilrecht, Bd. III. Tübingen 1875.
Schlichthörle, Zur Lehre von den radizierten Gewerberechten in Seuff. Bl. f. R. A., Bd. 9, S. 193 ff.
Schmid, Über dingliche Gewerberechte, im Archiv f. d. Ziv. Praxis, Bd. 44, S. 175.
Schultzenstein, Über die Befugnis des Zwangsverwalters und des Konkursverwalters zum Gewerbebetrieb statt des Schuldners, in Z. Z. P., Bd. 33, S. 447 ff.
Schultzenstein, Persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht, im Verwaltungsarchiv, Bd. 10, S. 113.
Seuffert, Kommnetar zur Zivilprozeßordnung, 11. Aufl. München 1911.
Springfeld, Die Errichtung von Apotheken in Preußen. Berlin 1912.
Staas-Zander, Die Apothekergesetze, 5. Aufl. Berlin 1891.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5/6. Aufl.
Stranz-Gerhard, Das Preußische Ausführungsgesetz zum B. G. B. Berlin 1900.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. Berlin 1893.
Strippelmann, Der Gerichtseid. Cassel 1847.
Turnau, Die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, 5. Aufl. Paderborn 1892.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 3. Aufl. Paderborn 1906.
* * *, Die Preußische Umsatzsteuer und die Apothekerprivilegien in der Apothekerzeitung 1910, Nr. 87, S. 843.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig, Bd. I, 1856; Bd. II, 1859.
Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Stuttgart 1842.
Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bonn 1855.
Ziureck, Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche im preußischen Staat für den Verkehr mit Arzneien und Giften in Geltung begriffen sind. Berlin 1855.

Gesetzsammlungen und Verordnungsblätter.

C. C. M. = Mylius, Corpus Constitutionum Marchicarum.
N. C. C. = Mylius, Novum Corpus Constitutionum
Sammlung von Gesetzen und Verordnungen für die Kurhessischen Staaten von 1814 an.
Neue Sammlung der Landesordnungen usw. für die Kurhessischen Staaten — 1806.
Bulletin des lois du royaume de Westphalie.

J. M. Bl. = Justizministerialblatt für die Preuß. Gesetzgebung und Rechtspflege.
Min. Bl. = Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung.
Medizinalkalender für den Preußischen Staat.
G. S. = Preußische Gesetzsammlung.
R G Bl. = Reichsgesetzblatt.

Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

A. Ztg. = Apotheker-Zeitung. Herausgegeben vom deutschen Apothekerverein Berlin.
Bolze = Bolze. Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Laband u. a.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Heusser Annalen = Heusser. Annalen der Justiz und Verwaltung im Bezirk des K. Appellationsgerichts und der K. Regierung zu Cassel.
Johow = Johow. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
JW. = Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von Neumann.
Kamptz = v. Kamptz. Annalen der Preußischen inneren Staatsverwaltung.
Kurhess. Mitteilungen = Mitteilungen aus der Rechtspflege im Gebiet des vormaligen Kurfürstentums Hessen von Vierhaus und Theobald-Cassel.
OLGR. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (von Mugdan und Falkmann).
OTr. = Entscheidungen des Königlichen (Geheimen) Obertribunals.
OVG. = Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Ph. Ztg. = Pharmazeutische Zeitung. Berlin.
Recht = Rundschau für den deutschen Juristenstand von Sörgel.
Reger = Reger. Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts. München.
RG. Str. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuff. Arch. = Seuffert. Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seuff. Bl. f. RA. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Herausgegeben von Kohler und Engelmann.
SRJA. = Sammlung des Reichsjustizamts der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Strieth. Arch. = Archiv der Entscheidungen des Obertribunals von Striethorst.
VA. = Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit von Schultzenstein und Keil.
Pr. Verw. Bl. = Preußisches Verwaltungsblatt. Wochenschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege in Preußen.
Ziv. Archiv = Archiv für die zivilistische Praxis.
Z. f. D. R. = Zeitschrift für deutsches Recht.
Z. f. Med.-Beamte = Zeitschrift für Medizinalbeamte.
ZZP = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Zitierte Gesetze, Verordnungen und Verfügungen.

Apothekerordnung vom 30. August 1693 in Mylius C. C. M. Bd. IV S. 3.
Medizinaledikt vom 27. September 1725 in Myl. C. C. M. Bd. V Abt. 4 Kap. 1 Nr. 32 S. 219.
Kurhessische Kontrakten-Ordnung vom 9. Januar 1732 in Neue Sammlung der Landesordnungen 1. Band 1524—1735 S. 309.
Übersicht der über das Währschafts- und Hypothekenwesen vorhandenen Vorschriften eod. S. 313.
Bericht vom 24. Juni 1771 und Allerhöchster Erlaß v. 4. Juli 1771 in N. C. C. 1771 S. 163 ff. und 261 ff. (cf. auch in RGZ. 57, 32, Lewinsky S. 27).
Allgemeine Hypothekenordnung für die gesamten Königlichen Staaten vom 20. Dezember 1783.
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794. (A. L. R.)
Revidierte Apotheker-Ordnung vom 11. Oktober 1811 in N. C. C. Bd. 11 Nr. 56 S. 555. (Rev. A. O.)
Edikt vom 9. Oktober 1807. Über den erleichterten Gebrauch usw. (G. S. 1806—1810 S. 170.)
Westfälisches Gesetz vom 7. Dezember 1807 (Bulletin des lois Teil 1 S. 3.)
Westfälisches Gesetz vom 5. August 1808 (Bulletin des lois 1808 Teil 2 S. 275.)
Verordnung vom 26. Dezember 1808 betreffend verbesserte Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden (G. S. 1806—1810 S. 464.)
Allerhöchste Kab.-O. v. 17. Dezember 1809 (abgedruckt bei Ziureck S. 23.)
Verfügung des Ministers des Innern vom 10. Januar 1810 (abgedruckt bei Ziureck S. 23.)
Westfälisches Gesetz vom 12. Februar 1810. (Bulletin des lois 1810 Teil 1 S. 123.)
Gewerbesteueredikt vom 2. November 1810 (G. S. S. 79.)
Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1811 (G. S. S. 263.)
Kgl. Verordnung wegen Anlegung neuer Apotheken v. 24. Oktober 1811 (G. S. S. 356.)
Kurhessisches Gesetz vom 10. Januar 1814 (Ges. Samml. 1813—1816 S. 8.)
Reskript vom 27. Dezember 1818 (abgedruckt bei Lewinsky Apothekenkonzession S. 10 ff.
Zirkularreskript des Kultusministers vom 19. Mai 1821 (in Kamptz Annalen Bd. V S. 457.)
Deklaration des Gesetzes vom 7. September 1811 vom 11. Juli 1822 (G. S. S. 187.)
Reskript vom 13. Mai 1824 (in Kamptz Annalen Bd. VIII S. 115.)
Min.-Erlaß vom 18. Dezember 1824 (abgedruckt bei Pistor S. 28.)
Erlaß des Finanzministers vom 18. Februar 1825 (abgedruckt bei Pistor S. 67.)
Oberpräsidialinstruktion vom 31. Dezember 1825 (G. S. 1826 S. 4.)
Kab.-Ordre vom 9. Dezember 1827, veröffentlicht durch Min.-Erlaß vom 23. Juni 1832 (abgedruckt bei Pistor S. 29.)
Kurhessisches Gesetz vom 17. Juni 1828 (Sammlung Bd. V, Jahrg. 1828 S. 24.)
Kurhessische Medizinalordnung vom 10. Juli 1830 (eod. Jahrgang 1830 Nr. 9.)
Verordnung vom 31. März 1834 (G. S. S. 47.)
Gutachten des Ministers des Innern und des Kultusministers vom 10. März 1840 und Verfügung des Justizministers vom 19. März 1840 in JM. Bl. 1840 S. 113.
Zirkularreskript v. 13. Juli 1840 (M. Bl. S. 310.)
Kab.-Ordre vom 8. März 1842 (G. S. S. 111.)

Zirkularverfügung vom 13. August 1842 (M. Bl. S. 320.)
Kab.=Ordre vom 23. Dezember 1843, veröffentlicht durch Zirkularverfügung vom 10. Januar 1844 (M. Bl. S. 14.)
Verfügung des Kultusministers vom 16. November 1844 (G. S. S. 311.)
Preußische Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 (G. S. S. 43.)
Entschädigungsgesetz vom 17. Januar 1845 (G. S. S. 79.)
Min.=Erlaß vom 1. Mai 1845 (bei Pistor S. 41.)
Runderlaß vom 13. September 1845 (M. Bl. S. 301.)
Gesetz vom 3. April 1846 (G. S. S. 151.)
Kab.=Ordre vom 5. Oktober 1846, mitgeteilt durch Zirkularverfügung vom 21. Oktober 1846 (M. Bl. S. 209.)
Min.=Erlaß vom 7. Februar 1848 (abgedruckt bei Pistor S. 46.)
Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 (G. S. S. 77.)
Min.=Erlaß vom 9. Mai 1851 (abgedruckt bei Pistor S. 63.)
Min.=Erlaß vom 8. Juli 1851 (abgedruckt bei Pistor S. 34.)
Ministerialverfügung vom 24. Januar 1852 (Medizinal=Kalender 1853 S. 93.)
Ministerialreskript vom 24. Februar 1852 (abgedruckt bei Borgstette S. 97.)
Ministerialverordnung vom 19. März 1852 (Medizinal=Kalender 1853 S. 95.)
Ministerialerlaß vom 22. November 1854 (abgedruckt bei Pistor S. 44.)
Ministerialerlaß vom 15. Juli 1857 (abgedruckt bei Pistor S. 36.)
Ministerialerlaß vom 20. Dezember 1861 (Min. Bl. 1862 S. 11.)
Runderlaß vom 29. September 1866 (M. Bl. S. 194.)
Verordnung vom 13. Mai 1867 (G. S. S. 667.)
Gesetz vom 7. März 1868 (G. S. S. 249.)
Ministerialerlaß vom 13. Juli 1868 (M. Bl. S. 207.)
Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (Bundesgesetzblatt S. 245.)
Ministerialerlaß vom 28. Februar 1870 (abgedruckt bei Böttger S. 34.)
Ministerialerlaß vom 10. August 1871 (abgedruckt bei Pistor S. 36.)
Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 (G. S. S. 433.)
Preußische Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 (G. S. S. 446.)
Ministerialerlaß vom 18. Oktober 1872 (abgedruckt bei Pistor S. 48.)
Zuständigkeitsgesetz vom 29. Juni 1876 (G. S. S. 297.)
Ministerialerlaß vom 27. Dezember 1878 (Pistor S. 49.)
Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 (G. S. S. 237.)
Kab.=Ordre vom 7. Juli 1886 und Ministerialerlaß vom 21. Juli 1886 (M. Bl. S. 161.)
Ministerialerlaß vom 21. September 1886 (M. Bl. S. 198.)
Ministerialerlaß vom 23. April 1889 (bei Böttger S. 251.)
Ministerialerlaß vom 24. November 1891 (abgedruckt bei Pistor S. 45.)
Ministerialerlaß vom 24. Februar 1892 (im Reichsanzeiger vom 10. März 1892.)
Ministerialerlaß vom 18. April 1893 (abgedruckt bei Pistor S. 49.)
Ministerialerlaß vom 17. November 1893 (abgedruckt bei Lewinsky S. 16.)
Kab.=Ordre vom 30. Juni 1894 und Ministerialverfügung vom 5. Juli 1894. (M. Bl. S. 119.)
Ministerialerlaß vom 5. September 1894 (abgedruckt bei Böttger S. 248.)
Gesetz vom 19. August 1895 (G. S. S. 481.)
Ministerialerlaß vom 11. Januar 1898 (abgedruckt bei Borgstette S. 287.)
Preußisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 20. September 1899 (G. S. S. 177.)
Verordnung vom 11. Dezember 1899 (G. S. S. 595.)
Ministerialerlaß vom 24. Februar 1903 (abgedruckt bei Lewinsky S. 17.)
Apothekenbetriebsordnung (A. B. O.) vom 18. Februar 1902.
Ministerialerlaß vom 26. Juni 1911 (abgedruckt bei Lewinsky S. 14.)

Einleitung.

§ 1.

Apothekergewerbe und Reichsgewerbeordnung.

Die RGewO. bestimmt in § 6:

„Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung auf die Fischerei, die Errichtung und Verlegung von Apotheken, die Erziehung von Kindern gegen Entgelt, das Unterrichtswesen, die advokatorische- und Notariatspraxis, den Gewerbebetrieb der Auswanderungsunternehmer und Auswanderungsagenten, der Versicherungsunternehmer und der Eisenbahnunternehmungen, die Befugnis zum Halten öffentlicher Fähren und die Rechtsverhältnisse der Schiffsmannschaften auf den Seeschiffen. — Auf das Bergwesen, die Ausübung der Heilkunde, den Verkauf von Arzneimitteln, den Vertrieb von Lotterielosen und die Viehzucht findet das gegenwärtige Gesetz nur insoweit Anwendung, als dasselbe ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält.

Durch kaiserliche Verordnung wird bestimmt, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind."

§ 41. „Die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes begreift das Recht in sich, in beliebiger Zahl Gesellen, Gehilfen, Arbeiter jeder Art und, soweit die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes nicht entgegenstehen, Lehrlinge anzunehmen. In der Wahl des Arbeits- und Hilfspersonals finden keine anderen Beschränkungen statt als die durch das gegenwärtige Gesetz festgestellten.

In betreff der Berechtigung der Apotheker, Gehilfen und Lehrlinge anzunehmen, bewendet es bei den Bestimmungen der Landesgesetze."

§ 154. „Von den Bestimmungen in Titel VII (gewerbliche Arbeiter) finden I keine Anwendung.

1. Die Bestimmungen der §§ 105 bis 139m auf Gehilfen und Lehrlingen in Apotheken . . . ."

Daraus ergibt sich, daß der Betrieb einer Apotheke ein Gewerbe im Sinne der RGewO. ist. Denn sonst würde diese nicht in § 6 hinsichtlich des Apothekergewerbes einen Vorbehalt schaffen und weiterhin bei Vorschriften, die für die Apotheker nicht gelten sollen, dies besonders hervorheben. Es ist jedoch mehrfach die Ansicht vertreten worden, daß die RGewO. durch die obigen Vorschriften, namentlich in § 6, ihre Geltung auf das ihr an und für sich unterworfene Apothekergewerbe ausgeschlossen habe und dieses nur insoweit unter ihre Bestimmungen falle, als sie es ausdrücklich anordne. Dem ist aber nicht beizutreten. Gerade aus § 6 erhellt, daß diese Ansicht unrichtig ist. § 6 steht im allgemeinen Teil; er begrenzt das Geltungsgebiet der RGewO. und zählt in Abs. 1 Satz 1 die Gewerbe auf, auf die die RGewO. keine Anwendung finden soll. Das Apothekergewerbe schließt er aber nicht gänzlich aus, sondern nur die „Errichtung und Verlegung von Apotheken." Das Apothekergewerbe soll also grundsätzlich mit dieser Ausnahme den Bestimmungen der RGewO. unterliegen. Hätte die RGewO. das Apothekergewerbe gänzlich der Landesgesetzgebung überlassen wollen, so hätte sie dies schon zum Ausdruck gebracht, indem sie gleich wie den Gewerbebetrieb der Auswanderungsunternehmer usw., das Unterrichtswesen usw., das Gewerbe der Apotheker oder das Apothekerwesen ausgeschlossen hätte. Darüber, daß man aus den Worten des Abs. 2 des § 6 „auf den Verkauf von Arzneimitteln findet das gegenwärtige Gesetz nur insoweit Anwendung, als dasselbe ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält," nichts gegen die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht herleiten kann cf. OVG. 48, 297. Die Geltung der RGewO. ist also nur für die Errichtung und Verlegung von Apotheken ausgeschlossen. Im übrigen gelten die Bestimmungen der RGewO. für das Apothekergewerbe, es sei denn, daß die RGewO. davon nicht wieder einzelne Ausnahmen — mögen sie auch noch so große Gebiete betreffen wie § 41 und § 151 — macht.[1])

Darüber, welcher Teil des Apothekergewerbes in § 6 der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, gehen die Ansichten auseinander. Einige, z. B. Kuhn in VA. 15 S. 84 ff., halten sich ganz eng an den Wortlaut des § 6. Sie schließen daraus z. B., daß das Erlöschen der Apothekenbetriebsrechte nicht dem Landesrecht vorbehalten sei, da dies der strikte Gegensatz von Errichtung einer Apotheke sei. Dagegen allerdings die gesamte übrige Literatur. Aus denselben Gründen sind das Pr. OVG.[2]) und

[1]) Kuhn VA. 15 S. 61 ff. und die dort Anm. 1 u. 2 Zitierten.
[2]) OVG. 48, 297.

das RG.[1]) der Ansicht, daß sich die Zulässigkeit der Stellvertretung im Apothekergewerbe nach § 45 RGewO. richtet, und haben deshalb den § 41 Abs. 3 der Pr. ABO., der die Stellvertretung von der Genehmigung der Regierung abhängig macht, für ungültig erklärt. Ebenso Böttger S. 12. Andere, so auch das Preußische Ministerium halten für alle diese Fragen das Landesrecht für maßgebend. Eine nähere Begründung dieser Ansicht wird von ihren Vertretern aber nicht gegeben. Es soll hier versucht werden, den Gesichtspunkt aufzufinden, nach dem diese Frage zu entscheiden ist.[2])

Gegenüber den Anhängern der ersten Ansicht sei bemerkt, daß reine Wortinterpretation hier nicht zum Ziele führt. Denn der Wortlaut ist zu eng.

Nach § 7 der RGewO. sind vom 1. Januar 1873 ab, soweit die Landesgesetze solches nicht früher verfügen, die noch bestehenden ausschließlichen Gewerbegerechtigkeiten aufgehoben. Unstreitig ist, daß diese Bestimmung auf Apothekenbetriebsrechte keine Anwendung findet.[3]) So sind z. B. die Apotheken-Exklusivprivilegien in Sachsen erst durch Gesetz vom 24. Juni 1902 aufgehoben worden. Dies kann nur auf dem Vorbehalt im § 6 RGew. beruhen. Aus dem Wortlaut „die Errichtung und Verlegung von Apotheken ist dem Landesrecht vorbehalten" kann man das doch aber unmöglich herleiten. Es ist ferner unstreitig, daß durch den Vorbehalt in § 6 RGewO. es der Landesgesetzgebung überlassen werden sollte, ob der Betrieb einer Apotheke von dem Besitz eines Realprivilegs oder von einer persönlichen Konzession — sei es auf Zeit oder Lebenszeit — abhängig sein oder gar das Apothekergewerbe vollkommen freigegeben werden sollte. Darin liegt aber, worauf Landmann S. 86 zu § 6 mit Recht hinweist, notwendig, daß auch die Übernahme schon bestehender Betriebsrechte und ihr Erlöschen sich nach Landesrecht bestimmen muß. Das hat zwar in erster Linie Bedeutung für die Apothekenkonzessionen; denn für die Übertragung und das Erlöschen der Realgewerberechte ist ja ganz allgemein das Landesrecht maßgebend,[4]) da die RGewO. für sie außer § 48 keine Bestimmung trifft. Aber auch für die Apothekerrealprivilegien ist § 6 insoweit von Bedeutung, als sie von dieser Bestimmung

---

[1]) RG. JW. 1899 S. 496.

[2]) cf. die Zusammenstellung der Vertreter beider Ansichten in dem oben erwähnten Urteil des OVG. 48, 297.

[3]) Mot. zu § 7 RGewO. S. 113, abgedruckt bei Landmann zu § 7 RGewO. S. 107. Ferner Ortmann, Bayr. LPr. Recht § 115 S. 503.

[4]) Landmann S. 121 zu § 110.

(§ 48) nicht betroffen werden. Würde dies der Fall sein, so würde z. B. das 1½jährige Betriebsrecht des nicht qualifizierten Erwerbers und das Betriebsrecht der Witwen und Waisen in §§ 3–5 der RevAO. unzulässig sein, da nach § 48 RGewO. nur ein qualifizierter Inhaber das Gewerbe wie selbst so durch einen Stellvertreter ausüben lassen kann.[1]) Ein solches Ergebnis ist aber sicher nicht gewollt. Daher muß sich das Erlöschen und Übertragung von Apothekenbetriebsrechten nach Landesrecht richten. Das ist aber mit dem Wortlaut des § 6 RGewO. unvereinbar. Nun ist zwar neben der Errichtung noch besonders die Verlegung genannt und daraus folgert man, daß unter Errichtung nicht mehr als der Wortsinn verstanden werden könne. Aber der unbestrittene Zweck des Vorbehalts zeigt, daß unter Errichtung und Verlegung von Apotheken mehr zu verstehen ist, als man nach dem Wortlaut annehmen möchte. Der gesetzgeberische Zweck des § 6 RGewO. war, dem Landesrecht die Regelung der Apotheken-Besitzverhältnisse zu überlassen und dies muß auch unter dem Vorbehalt verstanden werden trotz des engeren Wortlauts. Auf diese Auffassung weisen auch die Motive hin, indem sie sagen: der Grund des § 6 sei, gewisse Zweige der Gewerbegesetzgebung der Ordnung durch Spezialgesetze vorzubehalten, weil dieselben nicht beiläufig in einer allgemeinen Gewerbeordnung zu erledigen seien. Die Betrachtung der Entwickelung des Apothekenwesens weist uns aber sofort auf den Punkt hin, dessen einheitliche Regelung gerade wegen der verschiedenfachsten Verhältnisse in den einzelnen Staaten und selbst deren Landesteilen eine sehr schwierige war und deshalb durch Spezialgesetze erfolgen sollte, nämlich die Apothekenbesitzverhältnisse. Es ist also nicht nur die Erteilung eines Apothekenbetriebsrechts, sondern auch das Erlöschen und die Zulässigkeit der Zurücknahme[2]) nach Landesrecht zu beurteilen. Ferner auch die Übertragbarkeit, worunter auch die Verpachtbarkeit gehört. Es muß aber auch die Zulässigkeit der Stellvertretung nach Landesrecht beurteilt werden.[3]) Denn auch das gehört zu der Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse. Zum Beweis dafür sei nur darauf hingewiesen, daß der Betrieb mehrerer Apotheken durch einen Besitzer nur bei Zulässigkeit unbeschränkter Stellvertretung möglich ist. Das RG. und das OVG., die die Zulässigkeit der Stellvertretung nach Reichsrecht (§ 45 RGewO) beurteilen, kommen dazu hauptsächlich durch die Er-

[1]) Landmann S. 438 zu § 45.
[2]) Böttger S. 11, Landmann S. 88.
[3]) Landmann S. 493, Anm. 2e zu § 45.

wägung, daß unter Errichtung und Verlegung nach dem gewöhnlichen Wortsinn die Stellvertretung nicht inbegriffen sei. Wir haben schon dargelegt, daß hier der Wortsinn allein nicht maßgebend sein und eine einzelne Frage nur im Zusammenhang mit den anderen richtig entschieden werden kann. Auch wenn weiter das OVG. aus der Art und Weise wie die Pr. GewO. durch die RGO. abgeändert sei, seine Auffassung bestärkt findet, so kann dem nicht beigetreten werden. Sowohl die Pr. GewO. (§ 61) wie die RGewO. (§ 45) bestimmen, daß die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetriebe durch Stellvertreter ausgeübt werden können, wenn diese den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen. Beide Gesetze machen jedoch von diesem Grundsatz für gewisse Gewerbe eine Ausnahme, bei denen die Befugnis zum selbständigen Betriebe gerade mit Rücksicht auf ihre persönlichen Eigenschaften erteilt wird. § 63 Pr. GewO. lautete:

> „Inwiefern für die in dem § 51 bis 54 bezeichneten Personen eine Stellvertretung zulässig ist, hat in jedem einzelnen Falle die Behörde zu bestimmen, welcher die Anstellung oder Konzessionierung zusteht."

Die Bezugnahme auf die Apotheker — § 54 handelt von den Apothekern — ist sehr erklärlich. Gerade bei ihnen ist neben ihrer wissenschaftlichen Qualifikation im öffentlichen Interesse ihre persönliche Zuverlässigkeit wichtig. Dies Ziel wäre aber gefährdet, wenn schlechthin die Stellvertretung zulässig wäre. Die RGewO. erwähnt in dem § 47, der jenem § 63 Pr. GewO. entspricht die Apotheker nicht; daraus ist aber nicht mit dem OVG.[1]) zu schließen, daß die RGewO. die im medizinalpolizeilichen Interesse gebotene Beschränkung der Stellvertretung im Apothekergewerbe habe beseitigen wollen. Vielmehr hat sie die Regelung dieser Frage nur deshalb unterlassen, weil dafür das Landesrecht zuständig ist. Die Pr. GewO. mußte über diese Frage Bestimmungen treffen. Die RGewO. konnte dies garnicht, denn es war ihr ja garnicht bekannt, welche Arten von Betriebsrechten das Landesrecht gemäß dem Vorbehalt im § 6 errichten würde. Wie nun das Landesrecht sowohl übertragbare Betriebsrechte wie unübertragbare, persönliche Betriebsrechte schaffen kann, so steht ihr nichts im Wege, höchstpersönliche, nicht einmal durch Vertreter unausübbare Betriebsrechte einzuführen. Es kann auch nicht angenommen werden, daß die RGewO. entgegen den medizinalpolizeilichen Gesichtspunkten das Landesrecht in diesem Punkte

---

[1]) Auch Kuhn, VA. 15 S. 71 u. 72 stützt sich besonders auf diesen Punkt.

habe einschränken wollen. Wir haben übrigens noch an einer anderen Stelle ein ähnliches Verhältnis der Reichsgewerbeordnung zu der preußischen Gewerbeordnung. Letztere bestimmt in §§ 66, 67, daß gewisse Konzessionen innerhalb gewisser Zeit durch Nichtgebrauch erlöschen und erwähnt darunter, auch die Apothekerkonzessionen. Die RGewO. erwähnt aber in dem entsprechenden § 49 die Apothekerkonzessionen nicht. Damit hat aber die RGewO. nicht bestimmen wollen, daß Apothekerkonzessionen durch Nichtgebrauch nicht mehr erlöschen sollen, sondern sie hat nur deshalb die Apothekerkonzessionen nicht erwähnt, weil die Reichsgewerbeordnung als solche gar keine Apothekerkonzessionen kennt. Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß die Pr. GewO. nicht etwa durch die RGewO. beseitigt ist. Wenn nach Art. 2 der RV. (resp. damaligen Bundesverfassung) Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, so heißt das nicht, daß die Landesgesetze, die dieselbe Materie regeln, aufgehoben sind. Das Reichsrecht kann zwar das Landesrecht aufheben. Solange es dies aber nicht tut, bleibt das Landesgesetz bestehen. Das Reichsrecht entzieht ihm zwar seine bindende Kraft, soweit und solange es dieselbe Materie regelt, soweit es dies aber nicht tut, findet das Landesrecht völlig Anwendung. Daher ist für die Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse noch die Pr. GewO. maßgebend[1]) und weiterhin die gesamte Preußische Gewerbegesetzgebung.

Es soll nun im folgenden untersucht werden, wie in Preußen die Apothekenbesitzverhältnisse geregelt sind. Dazu müssen wir uns zunächst die geschichtliche Entwickelung vergegenwärtigen.

---

[1]) Dies scheint das OVG. und RG. nicht zu berücksichtigen.

Preußische Apothekenbesitzverhältnisse.

§ 2.

A. Geschichtliche Entwickelung.[1])

Bis in das 15. und 14. Jahrhundert hinein läßt sich mit Sicherheit das Bestehen von Apotheken in Deutschland nachweisen, wenngleich man zu dieser Zeit von einer allgemeinen Verbreitung natürlich noch nicht reden kann. Oft waren es Ärzte, die sie eingerichtet hatten. Das Bestreben, im Interesse der öffentlichen Gesundheit der Bevölkerung eine möglichst einwandfreie Versorgung mit Arzneimitteln zu sichern, hat schon früh die Landesherrn dazu geführt, auf die Apotheken ihr besonderes Augenmerk zu richten und sie Sonderbestimmungen zu unterwerfen. So sehen wir, daß für die Mark Brandenburg schon der Kurfürst Friedrich III., der nachmalige König Friedrich I. von Preußen, am 30. August 1693 die

Ordnung, nach welcher sich die Apotheker richten sollen,

erließ. Für Preußen erging dann das Medizinaledikt vom 27. September 1725. In beiden Gesetzen ist schon den Apothekern die Ausübung ärztlicher Verrichtungen verboten, dafür aber auch der Arzneimittelverkauf ihnen allein vorbehalten. Durch diese Gesetze wurde ferner der Apothekerstand aus dem rein handwerksmäßigen herausgehoben, indem nur noch Leute mit wissenschaftlicher Bildung das Apothekergewerbe ausüben durften. Die schwierigste und am heißesten umstrittene Frage ist aber von jeher die Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse gewesen.

In Preußen war zunächst das vererbliche und veräußerliche Privileg die Regel, daß entweder als selbständige Gerechtigkeit verliehen oder auf ein Grundstück radiziert war. Im 19. Jahrhundert hat jedoch die Entwickelung, freilich mit mehrfachen

---

[1]) Vgl. zu dem folgenden Bitter S. 92; Pistor S. 1—108; Böttger S. 231 ff.; Lewinsky, Apothekerkonzession, S. 6—36; Ziurek S. 17—54; Borgstette S. 19 ff.; Rapmund, Z. f. Medizinalbeamte 17, S. 437 ff.; Mauve S. 749 ff.; Conrad, Handwörterbuch Bd. 1, S. 551—563.

Schwankungen, zur reinen, auch tatsächlich unveräußerlichen und unvererblichen Personalkonzession geführt. Dies erklärt sich aus der völligen Umwälzung unseres ganzen gewerblichen Lebens.

Die erwähnten Gesetze von 1693 und 1725 sahen ebenso wie das ALR., die große Kodifikation in Preußen, als Betriebsberechtigung das vererbliche und veräußerliche Privileg vor, cf. ALR. II, 8, § 462, 463. Auch die RevAO. v. 11. Okt. 1801, in der das ganze Apothekenwesen ausführlich geregelt wurde, und die man wohl das Grundgesetz des preußischen Apothekenwesens nennen kann, stand noch auf demselben Standpunkt. Die die Besitzverhältnisse betreffenden Paragraphen mögen wegen ihrer Wichtigkeit im Wortlaut folgen:

Titel I.

§ 1: Zur Ausübung der Apothekerkunst an einem Orte berechtigt nur 1. ein landesherrliches Privilegium, 2. das Approbationspatent. Das erstere wird von unserem Generaldirektorio, das letztere von unserem Ober-Collegio-Medico et Sanitas erteilt.

§ 2: Die Apothekenprivilegia, die einmal an einem Ort fundiert sind, sind sowohl erblich als überhaupt veräußerlich, es wäre denn, daß sie nur dem Besitzer für seine Person verliehen seien.

Doch gehört zur Besitzfähigkeit des Erwerbers, daß er selbst ein gelernter Apotheker sei und als solcher von der Medizinalbehörde approbiert werde.

§ 3: Fällt daher eine Apotheke einem nicht gelernten Apotheker zu, sei es durch Erbgangsrecht, oder durch andere, zum Erwerb des Eigentums geschickte Titel, so muß er solche binnen Jahresfrist, die evtl. auf 1/2 Jahr erweitert werden kann, auf einen qualifizierten Besitzer bringen, bis dahin aber solche durch einen approbierten und vereideten Provisor verwalten lassen.

§ 4: Nur den Witwen eines privilegierten Apothekers während ihres Witwenstandes und den minorennen Kindern bis zu ihrer Großjährigkeit soll es nach wie vor vergönnt sein, die Apotheke durch einen qualifizierten Provisor verwalten zu lassen.

§ 5: Sobald indes ein Sohn, der die Apothekerkunst gelernt hat, solche annehmen oder eine Tochter an solchen sich verheiraten will, so hört die Administration derselben auf und der Annehmer muß die Miterben nach einer billigmäßigen Taxe abfinden, da dem Staat daran gelegen ist, daß die Apotheken sich in den Händen gelernter Apotheker befinden und nicht durch den Weg der Versteigerung zu gar so hohen Preisen getrieben werden.

§ 6: Wenn an einem Orte, wo bereits privilegierte Apotheker vorhanden, neue Apothekenprivilegien gesucht werden, so wird das Finanzdepartement zuvor mit dem Medizinaldepartement darüber concertieren, weil die zu große Konkurrenz derselben der treuen Ausübung der Kunst schädlich ist. Doch müssen sich die Apotheker eines solchen Orts den gemeinschaftlichen Beschluß dieser Behörden gefallen lassen.

Diese Regelung der Besitzverhältnisse entsprach der damaligen Zeit, wo es in Preußen noch keine Gewerbefreiheit gab. Die Gewerbsprivilegien gingen entweder nur auf die Person des Beliehenen oder sie waren vererblich und auch veräußerlich. Bei Apothekern war letzteres so häufig, daß § 2 der RevAO. eine dahin gehende Vermutung für alle bestehenden Apotheken aufstellte.

Aber während die RevAO. für Preußen diese überlieferten Anschauungen noch aufs neue gesetzlich festlegte, war in Frankreich schon durch die Revolution eine neue Ära eingeleitet, die jeder Beschränkung der Gewerbefreiheit, insbesondere den vererblichen und veräußerlichen Gewerbeberechtigungen feindlich gesonnen war, und als Napoleon auf seinem Siegeszug zum Schluß auch Preußen 1806 und 1807 niederwarf, und ihm die westelbischen Besitzungen wegnahm, da wurde in diesen Landesteilen bald die Gewerbefreiheit eingeführt, und sämtliche bestehenden Gewerbsprivilegien beseitigt. In dem gedemütigten Preußen rang sich gleichfalls die neue Weltauffassung durch, und wenn auch nicht in der rücksichtslos mit allem Alten aufräumenden Weise des aus der Revolution emporgestiegenen Korsen sämtliche bestehenden vererb- und veräußerlichen Gewerbsprivilegien aufgehoben wurden, so verbot man doch die Verleihung neuer. Dieser Grundsatz war zuerst in Preußen in der Verordnung betr. verbesserte Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. Dezember 1808 ausgesprochen, indem diese bestimmte, daß bei Erteilung von Gewerbskonzessionen der Grundsatz der freien Konkurrenz befolgt und lediglich der Nachweis der Qualifikation und des unbescholtenen Lebenswandels gefordert werden solle. Dies bezog sich auch auf Apotheker. Denn in bezug auf sie bestimmte die Allerhöchste Kabinettsorder vom 12. Dezember 1809, die jene Verordnung erläuterte, nur, daß ihre Konzessionen gleich denen verschiedener anderer Gewerbe vom Ministerium des Innern zu bestätigen seien, und eine Verfügung desselben Ministers vom 10. Januar 1810 sagt ausdrücklich, bei Verleihung von Apothekenkonzessionen solle der Vorbehalt gemacht werden, daß die Konzessionen stets nur persönlich seien und

niemals eine Realapothekergerechtigkeit begründen könnten. In derselben Verfügung wies der Minister die Regierungen an, die Konzession zur Anlage neuer Apotheken gehörig qualifizierten und unbescholtenen Männern zu erteilen, ohne Rücksicht darauf, ob ein Bedürfnis vorhanden sei oder nicht. Das dem Ministerium des Innern nach der Kab. O. vom 12. Dezember 1809 zustehende Bestätigungsrecht erwähnt auch diese Verfügung. Schon am 8. Juni 1810 wurde jedoch die Verfügung vom 10. Januar 1810 vorläufig suspendiert, da doch starke Bedenken gegen die Erteilung von Apothekenkonzessionen ohne Rücksicht auf die Bedürfnisfrage sprachen. Eingehende Erwägungen fanden dieserhalb statt.

Inzwischen war allgemein der Grundsatz der Gewerbefreiheit durch das Gewerbeedikt vom 2. November 1810 ausgesprochen. Es bestimmte, jeder könne gegen Lösung eines Gewerbescheines das bezeichnete Gewerbe betreiben; die einzige Beschränkung, die dieses Gesetz vorsah, war, daß § 21 für einige Gewerbe, so die Apotheker, den Nachweis der Qualifikation forderte. Es konnte jedoch nicht jeder zum Apothekenbetrieb Qualifizierte gegen Lösung eines Gewerbescheins eine neue Apotheke errichten. Das nach den oben erwähnten Verfügungen dem Minister zustehende Bestätigungsrecht hat trotz des Gewerbeediktes weiter gegolten. Die Frage, inwieweit die Neuanlegung von Apotheken zu gestatten sei, war eben noch Gegenstand der heißesten Kämpfe, und weil außerordentlich schwierig, einem besonderen Gesetze zur Lösung vorbehalten. Das Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1811, das das Gewerbeedikt erläutern sollte, regelt daher nur die Bedingung des Betriebs schon bestehender Apotheken, indem es im § 89 Abs. 1 bestimmt, daß u. a. den Apothekern ein Gewerbeschein nur auf ein Zeugnis der Provinzialregierung über ihre Qualifikation zu erteilen sei. Im § 89 Abs. 2 heißt es dann: „Wieweit die Anlage neuer Apotheken zu gestatten sei, wird durch ein besonderes Gesetz bestimmt". Dieses in Aussicht gestellte Gesetz ist die „Königliche Verordnung wegen Anlegung neuer Apotheken vom 24. Okt. 1811". Es bestimmte, daß neue Apotheken nur angelegt werden sollten, wenn ein Bedürfnis vorliege und dies die Medizinaldeputation feststelle. Dies Gesetz in Verbindung mit dem Gewerbesteueredikt ist also die gesetzliche Grundlage für die Personalkonzession. Die vor Erlaß des Gewerbesteuerediktes verliehenen Realapothekenprivilegien sind aber durch dieses nicht aufgehoben worden, sondern bestehen fort, wenn dies auch einmal eine Zeitlang geleugnet wurde.[1])

---

[1]) cf. Ziurek S. 25—28.

Realprivilegien und Personalkonzessionen bestanden von nun an nebeneinander. Auch die Personalkonzession ist ja ein Privileg, wenn auch nur ein Personalprivileg. Im Sprachgebrauch verstand man jedoch jetzt unter „Privilegien“ schlechthin die Realprivilegien, zu denen die „Konzessionen“ in Gegensatz traten. Die Grundsätze der Personalkonzession wurden aber in der Praxis nicht lange streng inne gehalten, sondern es wurden allmählich Ausnahmen zugelassen, die sie in den Wirkungen den Realprivilegien näherten.

Zunächst gestatte man, daß eine Apotheke, deren Konzession durch den Tod des Inhabers erloschen war, für Rechnung von dessen Erben durch einen vereideten Provisor bis zur anderweitigen Verleihung der Konzession weiter betrieben wurde. Dies war zwar eine Durchbrechung des Prinzips der Personalkonzession, als einer nur persönlichen Gewerbsberechtigung, die mit dem Tode des Inhabers erlischt. Diese Ausnahme, die die Praxis machte, war aber geboten durch das öffentliche Interesse, damit in Gegenden mit nur einer Apotheke die Bevölkerung bis zur Neukonzessionierung der Apotheke mit Arzneimitteln versorgt werden konnte.

Die Praxis blieb aber nicht dabei stehen, sondern ließ noch weitere Abweichungen von dem Grundgedanken der Personalkonzession zu, und zwar im privaten Interesse der Konzessionsbesitzer. Denn diese wiesen immer wieder darauf hin, wie schlecht doch ihre Lage gegenüber den Apothekern, die ein „Privileg“ besäßen, sei. Bei dem wirtschaftlichen Tiefstande, der nach den Befreiungskriegen eintrat, und bei dem sich erst so recht zeigte, wie schwer das Land unter der Franzosenzeit und den Befreiungskriegen gelitten hatte, häuften sich diese Klagen. Denn wenn ein konzessionierter Apotheker früh verstarb, saßen oft Witwe und Kinder in der tiefsten Not. Um dem abzuhelfen, gewährte die Praxis den Kindern und der Witwe von konzessionierten Apothekern die Vergünstigungen, die nach §§ 4 und 5 der RevAO. bei einem Realprivileg gewährt werden. Ein Erlaß vom 18. Oktober 1824 bezeichnete dies als geltende Praxis und die Kab.-O. vom 9. Dez. 1827, veröffentlicht durch Min.-Erl. vom 23. Juni 1832 ordnete dieselbe Vergünstigung an. Damit war im wirtschaftlichen Ergebnis die Personalkonzession vererblich geworden. Man ging aber in der Praxis noch einen Schritt weiter. Wie nach jeder großen Umwälzung ein Rückschlag einzutreten pflegt, so machte sich auch damals in Preußen bei den leitenden Stellen eine gewisse Reaktion gegen die Gewerbefreiheit bemerkbar. So fanden damals die Inhaber von Apotheker-

konzessionen günstigen Boden für ihre Bestrebungen. Hin und wieder wurde einem von dem Konzessionsinhaber vorgestellten Apotheker die Konzession ohne öffentliches Konkurrenzverfahren verliehen. Schließlich bildete es sich als Regel aus, daß dem qualifizierten Bewerber, der sich mit dem bisherigen Inhaber wegen Überlassung der Apothekeneinrichtung und des Hauses geeinigt hatte, vorzugsweise Berücksichtigung bei Verleihung der Konzession zuteil wurde. Der alte Apotheker ließ sich dann von seinem Nachfolger für den Verzicht auf die Konzession und die Präsentation eine Entschädigung zahlen. Gegen 1840 wurde dies infolge langjähriger Übung schon als gutes Recht der Apotheker angesehen. Die Folge war, daß für den Verzicht und die Präsentation bald sehr hohe Summen gezahlt wurden und die Konzessionsinhaber auch bei steigendem Bedürfnis auf jede Weise die Anlage von neuen Apotheken zu verhindern suchten. Diese Übelstände suchte die Kab.-O. vom 8. März 1842 zu beseitigen, die in radikaler Weise mit der bisherigen Praxis brach. Der neukonzessionierte Apotheker sollte zwar verpflichtet sein, die Geräte und Waren seines Vorgängers zu übernehmen, dafür wurde aber die reine Personalkonzession wieder eingeführt. Dieser Erlaß, so gerechtfertigt er theoretisch sein mochte, bedeutete eine große Härte für die vielen Apotheker, die im Vertrauen darauf, daß die Praxis der Regierung dieselbe bleiben würde, für den Erwerb ihrer Konzessionen bedeutende Summen ausgegeben hatten. Die Regierung sah denn auch die Unmöglichkeit der dauernden Durchführung ein und der Erlaß blieb so gut wie auf dem Papier. Schon die Kabinettsorder vom 23. Dezember 1843, mitgeteilt durch Min. Verf. vom 10. Januar 1844, gewährte den Nachkommen und die Kab.-O. vom 21. Dez. 1844, mitgeteilt durch Runderlaß vom 17. Jan. 1845, auch der Witwe eines konzessionierten Apothekers die Vergünstigung, daß die Nachkommen des verstorbenen Apothekers bezw. der Mann der Witwe ohne öffentliches Konkurrenzverfahren die Konzession übernehmen konnten. Die Pr. GewO. vom 17. Jan. 1845 änderte an diesem Zustand nichts. Sie bestimmte nur in § 42, daß ein Apotheker eine Approbation des Ministers der Medizinalangelegenheiten bedürfe und im § 54:

> Außer der Approbation bedürfen Apotheker, welche sich nicht im Besitze eines Realprivilegiums befinden, einer Konzession des Oberpräsidenten, in welcher der Ort und das Grundstück, wo das Gewerbe betrieben werden soll, bestimmt sein muß.

Das bedeutete keine Neuerung. Denn wenn auch nach § 7 der Königl. Verordnung vom 24. Oktober 1811 die Genehmigung

zur Anlage neuer Apotheken der Minister zu erteilen hatte, so übertrug schon § 11 Nr. 4b der Oberpräsidialinstruktion vom 31. Dezember 1825 diese Befugnis dem Oberpräsidenten. Nur für Berlin blieb sie nach dem Zirkularreskript des Kultusministers vom 13. Juli 1840 dem Minister vorbehalten und dies wurde erst beseitigt durch ein Reskript des Kultusministers vom 1. Mai 1845. Die Gewerbeordnung (§ 54) sollte nur das bisherige Verfahren bestätigen, wonach die Konzessionen zur Anlegung neuer Apotheken von den Oberpräsidenten erteilt wurden. Die Konzession zur Fortführung bereits bestehender Apotheken sollte nach wie vor von den Regierungen erteilt werden. cf. Runderlaß vom 13. Sept. 1845. Darüber, ob den Besitzern einer Apothekenkonzession eine „Veräußerung" zu gestatten sei, enthielt sich die Pr. GewO. jeder Bestimmung. Das Problem war noch zu wenig geklärt und sollte einer späteren gesetzlichen Regelung vorbehalten werden. Ein Wendepunkt brachte erst die Kab.-O. vom 5. Oktober 1846, mitgeteilt durch Zirkularverfügung vom 21. Oktober 1846, die den früheren Zustand ganz wieder herstellte, indem sie bestimmte,

> „einstweilen und bis zur definitiven gesetzlichen Regelung dieses Gegenstandes zu der vor Erlaß der Allerhöchsten Order vom 8. März 1842 stattgefundenen Praxis zurückzukehren und demgemäß unter Aufhebung der Zirkularverfügung vom 13. August 1842 die Königlichen Regierungen anzuweisen,
>
> > beim Ausscheiden eines nicht privilegierten Apothekers aus seinem Geschäft die Konzession dem von dem abgehenden Apotheker oder dessen Erben präsentierten Geschäftsnachfolger, sofern derselbe vorschriftsmäßig qualifiziert ist, jedoch immer nur für seine Person und unter ausdrücklichem Vorbehalt der Wiedereinziehung der Konzession bei seinem dereinstigen Abgang zu erteilen."

Den Konzessionsbesitzern wurde also die Wahl ihres Nachfolgers wieder gestattet, was wirtschaftlich die Veräußerlichkeit der Apothekenkonzessionen bedeutete. Die RGewO. hat an diesem Zustande nichts geändert. Denn sie bestimmte im § 6, daß ihre Bestimmungen auf die Errichtung und Verlegung von Apotheken keine Anwendung finden sollten. Es blieb so bis zum Jahre 1886. Diese Regelung hatte jedoch ihre Schattenseiten, indem nämlich die für den Verzicht auf die Konzession an den alten Apotheker gezahlten Summen eine enorme Höhe erreichten und teilweise sogar die Apothekenkonzessionen zum Spekulationsobjekt gemacht wurden. An Versuchen, dem entgegenzutreten, hat es

nicht gefehlt, so wies schon ein Runderlaß vom 29. September 1866 darauf hin, daß, wenn eine Apotheke schon nach kurzer Zeit mit übermäßigem Gewinn verkauft sei, dies ein Zeichen wäre, daß nicht rechtzeitig genug eine weitere Apotheke angelegt sei. Doch alle diese Maßnahmen erzielten keine Besserung. Da entschloß man sich, wenigstens für die neu zu errichtenden Apotheken die Mißstände zu beseitigen. Zunächst bestimmte die Kab.-O. vom 7. Juni 1886, mitgeteilt durch Min.-Erl. vom 21. Juli 1886, daß innerhalb der nächsten 10 Jahre bei neuen Apotheken der Inhaber der Konzession nicht befugt sein solle, ohne Genehmigung der Regierung nach Maßgabe der Kab.-O. vom 5. Oktober 1846 einen Nachfolger zu präsentieren. Im übrigen solle, nur wenn eine gewinnsüchtige Verwertung der Konzession völlig ausgeschlossen sei, ausnahmsweise die Präsentation gestattet werden. Das Verwaltungsrecht der Witwe und minderjähriger Kinder wurde davon nicht berührt.[1]) Die Konzession blieb also „vererblich" und zwar nur 10 Jahre lang nicht „verkäuflich". Die Kab.-O. vom 30. Juni 1894, mitgeteilt durch Min.-Erl. vom 5. Juli 1894, endlich bestimmte, daß für neu anzulegende Apotheken jede Präsentation ausgeschlossen sein solle und nur als einzige Ausnahme der Witwe und den Kindern des Inhabers die Vergünstigung des § 4 RevAO. zu gewähren sei. Nach vielen Schwankungen gilt also jetzt in Preußen für alle seit 1894 angelegten Apotheken die reine Personalkonzession.

Die hier geschilderte Entwickelung haben jedoch voll und ganz nur die Landesteile mitgemacht, die 1801 zum Königreich Preußen gehörten und 1807 nicht abgetreten werden mußten.[2]) Zwar wurde in den 1815 zurückgewonnenen Landesteilen und einigen neuen Gebieten das ALR. und damit die RevAO. eingeführt, aber die unter der Fremdherrschaft beseitigten Realprivilegien wurden damit nicht wieder hergestellt. In einem Teil der neu erworbenen Gebiete erlangte aber mangels Einführung des ALR. noch nicht einmal die RevAO. Geltung, sodaß dort die früheren Apothekengesetze noch weiterhin bestanden. So gilt noch für Neuvorpommern und Rügen die „dänische Medizinal- und Apothekerordnung für die Königlichen Reiche und Lande vom 4. Dez. 1672." Für das Gebiet des Großherzogtums Berg die „Kurfürstliche Medizinalordnung für die Herzogtümer Jülich und Berg vom 8. Juni 1773." Diese waren von der französischen Gesetzgebung unberührt geblieben. In den

[1]) cf. Min.-Erl. vom 23. April 1889.
[2]) Vgl. zu dem folgenden Kuhn, VA. 15 S. 63—69.

übrigen rheinischen Gebieten, die französisch gewesen waren, gelten noch die französischen Medizinalgesetze.[1]) In den Gebieten, die unter französischer, bergischer oder westfälischer Herrschaft gestanden haben, sind die Realprivilegien aufgehoben worden. Da sie unter preußischer Herrschaft nicht wieder hergestellt sind, bestehen heute also in diesen Gebieten nur noch Konzessionen. Eine Ausnahme machen nur die kleinen Gebietsteile, die nicht sofort nach Vertreibung der Franzosen an Preußen fielen, sondern zuvor an einen anderen Staat, in dem in der betreffenden Zeit der frühere Rechtszustand, also auch die Apothekerrealprivilegien, wieder hergestellt wurden.[2]) Auch in den 1815 bis 1869 neu erworbenen Gebieten ist das ALR und damit die revidierte Apothekerordnung nicht eingeführt worden, es gelten auch da noch die früheren Gesetze, so in den Hohenzollernschen Fürstentümern Sigmaringen und Hechingen, „Die Verordnung betr. Bekanntmachung einer allgemeinen Apothekerordnung vom 4. Mai 1835“ und in dem von Oldenburg erworbenen Jadegebiet die „Oldenburgische Verordnung vom 30. März 1832 betr. das collegium medicum.“

Einen völlig anderen Entwickelungsgang nahm endlich das Apothekenwesen in den Ländern und Gebieten, die 1866 in Preußen einverleibt oder an Preußen abgetreten wurden. Für sie erging die Königl. Verordnung vom 13. Mai 1867, wodurch der Minister der Geistlichen-, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten ermächtigt wurde,

> „in den Angelegenheiten, die betreffen .... die Bedingungen für die Anlegung und den Geschäftsbetrieb sowie die Visitation von Apotheken in demselben Maß Verfügung zu treffen, wie ihm solche in den älteren Landesteilen der Monarchie ressortmäßig zukommt.“

Nach dem Wortlaut dieser Verordnung ist der Kultusminister jedenfalls in den neuen Provinzen in bezug auf das Apothekenwesen zur Vornahme aller der Verwaltungsakte, welche ihm in den alten Teilen zukommen, selbst dann zuständig, wenn dort nach den bestehenden Gesetzen eine andere Behörde zuständig war. Aus der Entstehungsgeschichte geht aber hervor, daß mit der Verordnung mehr beabsichtigt war. Der Kultusminister sollte nämlich befugt sein, in den neuen Landesteilen für das Apothekenwesen und einige andere Gebiete organisatorische Vorschriften zu erlassen, um die altpreußische Verwaltung einzuführen. Und diese Vorschriften sollten selbst entgegenstehende Gesetze auf-

[1]) KG. in Johow., 7 S. 225.
[2]) Rapmund, Z. f. Med.-Beamte 1904 S. 438.

heben. Die preußische Verwaltung nahm jedoch an, daß schon durch den Erlaß dieser Verordung die alten Gesetze in den neuen Landesteilen aufgehoben und die altpreußischen Gesetze eingeführt seien[1]) und wendete die altpreußischen Bestimmungen über das Apothekenwesen auch in den neuen Landesteilen an,[2]) ohne daß eine organisatorische Verordnung des Kultusministers diese eingeführt hätte. Zudem konnte eine solche Verordnung nur während der Diktatur, also bis zum 1. Oktober 1867, entgenstehende gesetzliche Bestimmungen aufheben,[3]) denn mit diesem Tage wurde auch in den neuen Provinzen die Verfassung eingeführt. (§ 2 des Einverleibungsgesetzes), und nach Art. 62 der Pr. VU. bedarf es zur Aufhebung oder Änderung von Landesgesetzen der Mitwirkung der Volksvertretung. Da innerhalb der Diktatur der Kultusminister für die neuen Provinzen keine organisatorische Verordnung erlassen hat, die unter Aufhebung der entgegenstehenden Landesgesetze die altpreußischen Bestimmung einführt, so gelten dort die alten Landesgesetze noch fort[4]) Für den Regierungsbezirk Cassel hat zwar unter Berufung auf jene Verordnung der Kultusminister durch einen Erlaß vom 13. Juli 1868 angeordnet,

„hinsichtlich des Apothekenwesens treten . . .

c. die in den älteren Landesteilen gültigen Vorschriften über die Behandlung der Realprivilegien und der persönlichen Privilegien in Kraft.“

Da dieser Erlaß aber aus der Zeit nach Einführung der Verfassungsurkunde herrührt, konnte er die alten Gesetze nicht aufheben und ist daher ungültig.

Die preußische Verwaltung hat nun zwar in den neuen Provinzen die Realapothekerprivilegien bestehen lassen und auch in der Hauptsache auf sie die alten Landesgesetze weiter angewandt. Im übrigen aber hat sie unter Berufung auf die Verordnung vom 13. Mai 1867 die preußischen Gesetze als geltend angesehen. So wurde bei Neuanlegung von Apotheken nach den Bestimmungen der Verordnung vom 24. Oktober 1811 verfahren. Ebenso wurde den Personalprivilegien das Präsentationsrecht zugebilligt. Wir haben gesehen, daß die preußische Verwaltung sich infolge Mißverstehens jener Verordnung nicht auf gesetzlichem Boden befand. Es muß aber angenommen werden, daß dieser

[1]) So auch Rönne Bd. 4, § 315, S. 264, Anm. 4 und S. 249, Anm. 2; Rapmund a. a. O. S. 441.

[2]) Kuhn a. a. O. S. 67; Springfeld S. 6.

[3]) OVG. Pr. V. Bl. 16 S. 433; OVG. 29, 129; 33 S. 357 und 362.

[4]) Maube S. 749.

Zustand durch die langjährige Übung ein gesetzmäßiger geworden ist, daß also gewohnheitsrechtlich auch für die neuen Provinzen die altpreußische Konzessionsgesetzgebung gilt. Die alten Landesgesetze gelten daher nur noch für die Realapothekerprivilegien. Dies sind in der Provinz Hessen-Nassau:

1. für den Bereich des Kurfürstentums Hessens die kurhessische Medizinalordnung vom 10. Juli 1830,
2. für den Bereich des Herzogtums Nassau das Herzoglich-Nassauische Edikt betr. Einrichtung der Medizinalverwaltung und Instruktion für Medizinalbeamte, beide vom 14. März 1818,
3. für den Bereich der freien Stadt Frankfurt die Medizinalordnung für die freie Stadt Frankfurt vom 29. Juli 1841;
4. für den Bereich des Landgrafentums Hessens die Medizinalordnung für das Landgrafentum Hessen vom 1. Juni 1831,
5. für die von Bayern abgetretenen Gebietsteile die Apothekerordnung für das Königreich Bayern vom 27. Januar 1842,
6. für die vom Großherzogtum Hessen abgetretenen Gebietsteile die Medizinalordnung für das Großherzogtum Hessen.

In den übrigen 1866 erworbenen Provinzen gilt:

1. in Hannover die hannoversche Verordnung betr. das Apothekenwesen usw. vom 19. Dezember 1820.

2. in Schleswig-Holstein die schon oben erwähnte dänische Medizinalordnung und die Apothekerordnung für das Herzogtum Holstein vom 11. Februar 1854.

Wir hätten demnach für Preußen einheitlich die Apotheken-Konzessionen geregelt, während in den Landesteilen, wo noch Realprivilegien sind, für diese die verschiedenen einheimischen Apothekengesetze gelten.[1]) Es würde nun bei Berücksichtigung des Umfangs dieser Arbeit zu weit führen, alle die Apothekerordnungen, die außer der RevAO. in Preußen nach dem oben Gesagten noch in Geltung sind, zu erörtern. Es soll deshalb hier außer der RevAO. nur noch die Kurhessische Medizinalordnung berücksichtigt werden.

Kurhessen gehörte unter der napoleonischen Herrschaft zum Königreich Westfalen. Wie alle Erwerbsprivilegien, so waren auch die Realapotheker-Privilegien durch Dekret vom $\frac{\text{5. August 1808}}{\text{12. Februar 1810}}$

[1]) So auch Böttger S. 219.

aufgehoben worden.[1]) — Das Gesetz vom 7. Dezember 1807, das ein Artikel in der Ph. Ztg. 1911 Nr. 97 S. 977 dafür anführt, enthält die Konstitution des Königreichs Westfalen, es hebt nur die politischen Privilegien auf und läßt die Gewerbsprivilegien unberührt, wie der Zusammenhang ergibt. Wie hier auch Ziurek S. 37. — Nach der Rückkehr des Kurfürsten wurden aber die alten Realprivilegien durch ein Gesetz vom 10. Januar 1814 wieder hergestellt, wie denn überhaupt der Kurfürst die unter der Fremdherrschaft ergangenen Gesetze und Anordnungen als nicht geschehen betrachtete. Daher kennt die Med.-Ordnung auch noch Realprivilegien; freilich ordnete sie an, daß für die Zukunft in der Regel nur noch persönliche Privilegien erteilt werden sollten. Aber bei den früher verliehenen sprach die Vermutung für die Realität.[2])

---

§ 3.

B. Die jetzigen Besitzverhältnisse.

I. Realapothekerprivilegien.

a) Realapothekerprivilegien und das Gewerberecht.

Rechtliche Natur: Gewöhnliche Realprivilegien und Exklusivprivilegien.

Wenn die RGewO. die Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse dem Landesrecht vorbehält, so bezieht sich das natürlich nur auf die gewerbliche, also öffentlich-rechtliche Seite. Es ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, welche Gebilde sie ins Leben rufen und wie sie die bestehenden Gebilde gestalten will. Lediglich Sache des Privatrechts ist es hingegen, ob und wie sie die Gebilde in ihr System einreiht.

Zunächst ist also zu untersuchen, welche Gebilde das Gewerberecht geschaffen hat. Vorweg mag bemerkt werden, daß dabei dahin gestellt bleiben kann, ob diese Gebilde subjektive öffentliche Rechte sind oder ob darin nur die Beseitigung objektivrechtlicher Schranken der gewerblichen Handlungsfreiheit zu erblicken ist. Vgl. hierüber Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, insbesondere S. 9 ff. und die dort Zitierten. Denn praktische Bedeutung hat dies für die hier zu behandelnden Fragen nicht, wie an den einzelnen Stellen darzulegen sein wird.

[1]) Rönne Bd. 4 § 347 S. 425; Staas-Zander S. 5.
[2]) Strippelmann III § 23 S. 114.

Wie wir gesehen haben hat man in Preußen zwischen den vererblichen und veräußerlichen „Privilegien“ und den „Konzessionen“, den Personalprivilegien, zu unterscheiden. Wir tun gut, zuerst die „Privilegien“ zu betrachten, da sie die älteren Berechtigungen sind und die für sie geltenden Bestimmungen häufig auf die Apothekenkonzessionen für anwendbar erklärt sind.

Die RevAO. vom 11. Oktober 1811 bestimmt in § 1, daß zur Ausübung der Apothekerkunst an einem Orte nur ein landesherrliches Privilegium berechtigt, das von dem Generaldirektorium, d. h. Ministerium, erteilt werde, und weiter in § 2, die Apothekenprivilegia, die einmal in einem Ort fundiert sind, sind sowohl vererblich als überhaupt veräußerlich, es wäre denn, daß sie nur dem Besitzer für seine Person verliehen worden.

§ 251 der Kurh. Med.-O. vom 10. Juli 1830 lautet:

> „Die Zahl der Realprivilegien, das ist solcher, welche unter den näheren Bestimmungen in den nachfolgenden einschlägigen Paragraphen vererbt oder veräußert werden können, sollen der Regel nach nicht vermehrt, und jedes neue Privileg, welches künftig einem Apotheker erteilt wird, als bloß für dessen Person bestimmt angesehen werden.“

Aus diesen beiden Paragraphen der RevAO. und dem § 251 der Med.-O. ist die rechtliche Natur der alten Apothekenprivilegien zu entnehmen. Es sind Realgewerbeberechtigungen, die durch Privileg erteilt sind. Dies bedarf näherer Darlegung.

Im allgemeinen lassen sich alle Berechtigungen aus einem Gesetze oder allgemeinem Rechtssatze herleiten, dagegen beruhen die Privilegien auf einem besonderen Staatsakt, der dieses Recht zur Entstehung kommen läßt. Die Privilegien werden entweder unmittelbar durch ein Gesetz verliehen oder das Gesetz stellt, wie z. B. die RevAO. nur die allgemeinen Bedingungen für die Erteilung der Privilegien auf und überträgt einer bestimmten Behörde die Ausführung.[1]) Immer ist die Verleihung aber ein Sonderstaatsakt.

Das durch das Privileg erteilte Recht kann den verschiedensten Klassen von Rechten angehören. Der Inhalt des einzelnen Privilegs ist danach sehr verschieden. Denn das Recht erfährt dadurch in seiner Natur und Beschaffenheit keine Änderung, daß es durch einen besonderen Staatsakt geschaffen ist.[2]) Wenn man von einigen Besonderheiten bei der Entstehung und Beendigung absieht, auf die noch einzugehen sein wird, so ist ein privilegiertes

---

[1]) Beseler § 50 S. 162.
[2]) Unger Bd. 1, § 65 S. 593; Gierke Bd. 2, § 106 S. 85.

Recht nach den allgemeinen Bestimmungen zu behandeln. Man darf nicht etwa aus der eigentümlichen Entstehungsart auf eine eigentümliche Beschaffenheit schließen.

Bei den Apothekenprivilegien ist das durch das Privileg verliehene Recht eine Realgewerbeberechtigung. Unter Gewerbeberechtigung versteht man die Befugnis zum Betrieb eines bestimmten Gewerbes. Solange ein solches, wenn auch nur nach Nachweis einer bestimmten Befähigung, jedem gestattet ist, hat dieser Begriff für das Gewerberecht keine erhebliche Bedeutung. Große Bedeutung gewinnt er jedoch, wenn das Gewerbe nicht für jeden offen ist. Besonders wichtig sind in diesem Fall die Realgewerbegerechtigkeiten. Eine gesetzliche Definition dieses Begriffs findet sich nirgends. Die RGewO. und das EGBGB. setzen den Begriff als bekannt voraus. Einige verstehen darunter die an ein bestimmtes Grundstück geknüpfte Befugnis zur Ausübung eines Gewerbes, andere die Gewerbeberechtigungen, die, ohne einem Grundstück anzuhaften, vererblich und veräußerlich sind. Richtiger wird man wohl beides darunter zu verstehen haben. Denn das Besondere, was sie von den anderen Gewerbeberechtigungen unterscheidet, ist, daß sie von der Person des Inhabers unabhängig und Gegenstand des Rechtsverkehrs sind.[1]) Diese Eigenschaften müssen einer Gewerbeberechtigung durch die Gewerbegesetzgebung beigelegt sein, damit man sie als Realgewerbegerechtigkeit ansehen kann. Keinen Einfluß hat es hierauf, wenn man nachweist, daß die Gewerbeberechtigung als subjektives öffentliches Recht anzusehen ist; denn ein solches kann auch persönlich sein und eine Vermutung für die Übertragbarkeit eines subjektiven öffentlichen Rechts besteht nicht.

Wegen ihrer Übertragbarkeit haben die Realgewerbegerechtigkeiten auch eine rein privatrechtliche, vermögensrechtliche Seite, und da das BGB. sie nicht regeln wollte, mußte dies in Art. 74 EGBGB. dem Landesrecht vorbehalten werden.

Dagegen ist mit einer Realgewerbeberechtigung nicht ohne weiteres das Recht verbunden, daß ihr Inhaber an dem Ort, für den sie verliehen ist, nur allein zum Betrieb dieses Gewerbes berechtigt ist und anderen den Betrieb dieses Gewerbes untersagen kann.[2]) Der Inhaber einer Realgewerbeberechtigung mag zwar tatsächlich dadurch beeinträchtigt werden, wenn ein anderer an demselben Ort oder in derselben Gegend dasselbe Gewerbe

[1]) Landmann zu § 10 S. 119; Staudinger EGBGB. zu Art. 74 S. 205. Bayr. Verw. Ger. Hof E. v. 3. Mai 1881 in Reger 2, S. 122.

[2]) Schmid, Ziv. Arch. Bd. 44 S. 175.

betreibt, aber rechtlich hindert es ihn nicht, seine Berechtigung ihrem vollen Umfang nach auszuüben. Ein solches Recht, das betr. Gewerbe allein zu betreiben, kommt nur den ausschließlichen Gewerbegerechtigkeiten, den sog. Exklusivprivilegien oder Privilegien cum iure prohibendi, zu. Als ein solches Exklusivprivileg ist aber eine Apothekergerechtigkeit nur anzusehen, wenn ihr die Ausschließlichkeit ausdrücklich beigelegt ist. Denn in der Regel wurden die Apothekerprivilegien nicht als ausschließliche verliehen.

---

§ 4.

Aufhebung der Apothekenexklusivprivilegien. Entschädigungsfrage und -verfahren.

Durch § 7 Ziff. 1 RGewO. sind zwar die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, soweit die Landesgesetze dies nicht schon früher verfügen, seit 1. Januar 1873 aufgehoben. Wir haben jedoch gesehen, daß die RGewO. in § 6 die Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse dem Landesrecht vorbehält. Somit ist es auch dem Landesrecht vorbehalten, ob es auf dem Gebiete des Apothekenwesens noch ausschließliche Berechtigungen dulden will oder nicht. In Preußen sind solche schon seit langer Zeit, wenn auch in einzelnen Landesteilen später als in den andern aufgehoben. Da die Inhaber solcher Exklusivberechtigungen für die Aufhebung derselben für entschädigungsberechtigt erklärt worden sind, das Entschädigungsverfahren aber noch nicht überall beendigt ist, so ist auf diese Frage wegen der Wichtigkeit näher einzugehen.[1])

In den altpreußischen Provinzen, die 1807 bei der Monarchie geblieben waren, war die Ausschließlichkeit aller Gewerbeberechtigungen, also auch die der Apothekergerechtigkeiten, nicht nur für ablösbar erklärt, sondern rundweg aufgehoben worden durch § 17 des Ediktes vom 2. Nov. 1807. Zugleich bestimmte § 17, daß den Inhabern selbständiger Gerechtigkeiten, die in den Hypothekenbüchern eingetragen seien, eine billige Entschädigung zu gewähren sei. Deshalb bestimmte § 32 des Gesetzes vom 7. September 1811, das bekanntlich das Gewerbesteueredikt erläutern sollte, daß die ausschließliche vererb- und veräußerlichen Erwerbsberechtigungen in den Städten, die als solche in den Hypothekenbüchern eingetragen

---

[1]) cf. zu dem folgenden RG. v. 3. 10. 1881 in Pharm. Ztg. 1881 Nr. 94; LG. 2 Berlin v. 10. 10. 1894 in Pharm. Ztg. 1905 Nr. 8 S. 78; BA. Frankfurt a. O. v. 20. 12. 1898 in Pharm. Ztg. 1899 Nr. 5 S. 38; RG. v. 29. 10. 1903 in Pharm. Ztg. 1904 Nr. 18 S. 184; OLG. Breslau v. 12. 7. 1911 in Pharm Ztg. 1911 Nr. 71 S. 714.

seien, eine Entschädigungssumme erhalten sollten, und § 33 dieses Gesetzes gewährte auch den subjektiv-dinglichen Gerechtigkeiten in den Städten diese Vergünstigung. Endlich setzte die Deklaration dieses Gesetzes vom 11. Juli 1822 das Entschädigungsrecht auch für die nicht eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten in den Städten fest, sodaß also alle Realgewerbeberechtigungen in den Städten entschädigungsberechtigt waren; die auf dem Lande waren dagegen nicht entschädigungsberechtigt. Das Gesetz vom 7. Sept. 1811 regelte dann weiter die Frage, wer diese Entschädigung zu zahlen habe, dahin, daß dies sämtlichen selbständigen Gewerbetreibenden des Ortes, für den das Exklusivrecht bestand, oblag. Und zwar hatte der Exklusivberechtigte selbst zu dieser Entschädigung mit beizutragen, da die Verpflichtung schlechthin an den Betrieb des betr. Gewerbes geknüpft war. (§ 46 des Ges.). § 4 der Deklaration vom 11. Juli 1822 fügte zu diesen Entschädigungspflichtigen noch die Stadtgemeinde hinzu; für den Fall daß einer der Gewerbetreibenden durch Zahlung der vorgesehenen Beträge außer Nahrungsstand gesetzt würde, sollte für ihn die Stadt beitragspflichtig sein (§§ 5 und 6), d. h. also, die Stadt wurde subsidiär entschädigungspflichtig.[1]) Für den Wert des Exklusivrechts soll nach § 34 des Edikts vom 7. Sept. 1811 der erste November 1811 maßgebend sein. Die Höhe des Betrags soll auf Betreiben der Regierung von der Stadtverordnetenversammlung geschätzt und diese Schätzung von der Regierung nachgeprüft werden. Diese sollte auch bestimmen, in welchem Verhältnis die einzelnen Gewerbetreibenden beitragspflichtig seien. Das Gesetz vom 7. September 1811 und somit die eben geschilderte Bestimmung fand nun allerdings auf die Apotheken-Exklusivberechtigungen unmittelbar keine Anwendung, denn das Gesetz bestimmte in § 89: „Wieweit die Anlage neuer Apotheken zu gestatten sei, wird durch ein besonderes Gesetz bestimmt werden.“ Aber dies in Aussicht gestellte Gesetz, die Verordnung vom 24. Oktober 1811, bestimmte in § 8:

> Das Allgemeine Polizeidepartement bestimmt, wenn der Vorteil des Ganzen die Anlegung neuer Apotheken erfordert, die Entschädigung der bis dahin bestandenen nach den Grundsätzen des über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe erschienen Gesetzes vom 7. September 1811.

Damit wurden die Grundsätze dieses Gesetzes auch für die Apotheken-Exklusivprivilegien für anwendbar erklärt, jedoch mit einer

---

[1]) cf. auch Bescheid des Reg.-Präsidenten in Breslau vom 8. Juli 1885 in Pharm. Ztg. 1885 Nr. 81.

sehr wichtigen Abänderung, nämlich daß der Berechtigte erst bei Neuanlegung einer Apotheke die Entschädigung fordern könne. Das ergibt sich aus den Worten: wenn der Vorteil des Ganzen die Anlegung neuer Apotheken fordert, bestimmt das Polizeidepartement die Entschädigung der bis dahin bestandenen.

Andererseits sollte diese Entschädigung nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 7. September 1811 erfolgen. Bei der Berechnung der Entschädigung war also der Wert am 1. Nov. 1811 zugrunde zu legen und auch eine Verzinsung dieses Betrages fand erst von der Neukonzessionierung an statt. Diese Regelung war auch sehr begründet, denn solange noch keine neue Apotheke angelegt war, genoß der alte Apotheker faktisch noch alle Rechte der Ausschließlichkeit; auch war ja noch niemand vorhanden, der dasselbe Gewerbe betrieb und daher nach § 46 des Gesetzes zur Zahlung verpflichtet werden konnte. Dadurch, daß der Berechtigte einen Entschädigungsanspruch erst bei Neuanlegung der Apotheken fordern kann, ergibt sich ferner, daß sein Anspruch erst von diesem Momente an der Verjährung unterliegen kann. Auch ob ein Bedürfnis zur Anlegung neuer Apotheken vorhanden ist, bestimmt allein die Regierung. Und die Gewerbetreibenden und die Stadt können nicht etwa deshalb die Entschädigung weigern, weil ein Bedürfnis für die Stadt nicht vorhanden gewesen sei.

Diese Gesetze gelten nur für die Landesteile, die zur Zeit ihres Erlasses zur preußischen Monarchie gehörten. In den Landesteilen, die 1807 verloren waren und 1815 wieder erworben wurden, sowie in den neu hinzuerworbenen Gebieten wurde die Pr. Gew.-Gesetzgebung nicht eingeführt.[1]) Nun waren ja in den Gebieten, die unter französischer, westfälischer oder bergischer Herrschaft gestanden hatten, durch deren Gewerbegesetzgebung sämtliche Exklusivrechte beseitigt worden und bei der Wiedervereinigung waren sie nicht wieder hergestellt. Hatten sie jedoch inzwischen einem Staat angehört, der während ihrer Zugehörigkeit die Exklusivrechte wieder eingeführt hatte, so bestanden diese auch unter preußischer Herrschaft weiter fort. Ebenso bestanden in den Gebieten die Exklusivrechte fort, die Preußen 1815 von Staaten erwarb, die nicht unter der Fremdherrschaft gestanden hatten und in denen die Exklusivrechte unberührt geblieben waren, wie z. B. in den von Sachsen abgetretenen Gebieten. Für diese Gebiete hob erst die Pr. GewO. vom 17. 1.

---

[1]) Conrad, Handwörterbuch Bd. 4 S. 897; Rönne Bd. 4 § 347 S. 424; OTr. bei Striethorst, Arch. 20 S. 38.

1845 die Exklusivrechte, unter ihnen auch die der Apotheker auf, indem sie in § 1 bestimmte:

„Das in einzelnen Landesteilen mit Gewerbeberechtigungen noch verbundene Recht, anderen den Betrieb eines Gewerbes zu untersagen oder sie darin zu beschränken (ausschließliche Gewerbeberechtigung) wird hierdurch aufgehoben, ohne Unterschied, ob die Berechtigung an einem Grundstück haftet oder nicht."

Bezüglich der Entschädigungspflicht bestimmte weiter § 10 Satz 1:

„Unter welchen Umständen und in welcher Art für die durch §§ 1—5 aufgehobenen Berechtigungen eine Entschädigung gewährt wird, bestimmt ein besonderes Gesetz vom heutigen Tage."

Dies ist das Entschädigungsgesetz vom 17. Januar 1845. Das darin geregelte Entschädigungsverfahren, das allgemein, also auch für die Apothekergerechtigkeiten gilt, weist gegenüber dem Entschädigungsverfahren, wie es § 8 der Verordnung vom 24. Okt. 1811 vorschrieb, einige sehr wichtige Besonderheiten auf. Einmal sollen nach § 7 für den Betrag der Entschädigung der Wert zur Zeit der Aufhebung, also in 1845, maßgebend sein, und weiter der bestimmte § 4, daß die Entschädigungsansprüche bis Ende des Jahres 1845 bei der Regierung angemeldet werden müßten, widrigenfalls die Berechtigten ihrer Ansprüche verlustig sind. (§ 6.) Dieses Entschädigungsgesetz bezog sich aber nur auf die Entschädigungen der Berechtigungen, die erst durch die Pr. GewO. aufgehoben wurden. Das besagt § 10 Abs. 2 Pr. Gew.O.:

„Hinsichtlich der Entschädigung für diejenigen Berechtigungen, die schon vor Verkündung des gegenwärtigen Gesetzes aufgehoben sind, bewendet es bei den bisherigen Vorschriften."

Dadurch ist also das Entschädigungsverfahren, wie es durch die Verordnung vom 24. Oktober 1811 und Edikt vom 7. September 1811 bestimmt war, für die Gebiete, in denen es galt, bestehen geblieben, namentlich also die Bestimmung, daß die Apotheker die Entschädigung erst bei Neuanlegung einer Apotheke und noch dann fordern können.

Endlich ist noch zu untersuchen, ob nicht in den 1866 neu erworbenen Provinzen noch Exklusivprivilegien oder doch wenigstens Entschädigungsansprüche bestehen. Das ist aber nicht der Fall.[1]) Besonders in Kurhessen waren zwar unter der früheren Gesetz-

[1]) So auch OLG. Altona in A. Ztg. 1911 Nr. 18 S. 171.

gebung die Exklusivberechtigung nicht aufgehoben worden, sondern nur durch § 251 Abs. 2 Med.-O. die Neubegründung verboten worden. Die Aufhebung bestimmt aber § 1 des Gesetzes vom 17. März 1868. Die davon im § 11 gemachten Ausnahmen beziehen sich nicht auf die Apothekenberechtigungen. Auch die Entschädigungsfrage kommt nicht mehr in Betracht, da die Ansprüche bis Ende 1869 bei der Regierung angemeldet sein mußten, widrigenfalls sie erlöschen sollten (§§ 17, 18). § 175 hielt zwar die geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Entschädigung aufgehobener Exklusivrechte aufrecht. Für Kurhessen ist dies aber bedeutungslos, da solche Bestimmungen nicht bestanden.[1])

Es sind daher heute in Preußen nur noch in den Gebietsteilen, für die die Verordnung vom 24. Okt. 1811 und das Edikt vom 7. Sept. 1811 erlassen war, Entschädigungsansprüche für aufgehobene Apotheken-Exklusivprivilegien denkbar. Für sie gilt noch das Verfahren jener beiden Gesetze. Nur eine Änderung ist eingetreten, nämlich bezüglich des Organs, das die Entschädigung zu regeln hat. Ursprünglich hatte die Stadtverordnetenversammlung auf Betreiben der Regierung die Entschädigung zu schätzen. Sie legte diese Taxe der Regierung zur Bestätigung und Revision vor, evtl. schätzte die Regierung selber. Dies blieb auch so mit Einführung des Zuständigkeitsgesetzes von 1876. Denn wenn auch § 144 die Festsetzung der Entschädigung für aufgehobene Gewerbeberechtigungen den Bezirksverwaltungsgerichten überträgt, so zeigt doch die ausdrückliche Bezugnahme auf das Entschädigungsgesetz von 1845 und spätere Gesetze, daß nur auf Grund dieses Gesetzes und späterer Gesetze entstandene Entschädigungsansprüche durch diese Gerichte geregelt werden sollten. cf. OVG. 10 S. 272. Für das Entschädigungsverfahren für die schon früher aufgehobenen Gewerbeberechtigungen blieben also die Regierungen zuständig. Abweichend vom alten Zuständigkeitsgesetz bestimmte dann das neue Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 ganz allgemein, daß die Bezirksausschüsse für das Entschädigungsverfahren für aufgehobene Gewerbegerechtigkeiten zuständig seien. Man bezweifelte zunächst, ob dadurch sachlich gegenüber dem früheren Rechtszustande eine Änderung eingetreten sei und verneinte dies anfangs hauptsächlich aus dem Gesichtspunkte, daß im § 133 des neuen Gesetzes nur statt der Bezirksverwaltungsgerichte die Bezirksausschüsse für zuständig erklärt seien und die ausdrückliche Bezugnahme auf das Ent-

[1]) cf. für Kurhessen, Entsch. d. OAG. in Berlin in Heusers Annalen 18 S. 30.

schädigungsgesetz von 1845 fallen gelassen sei, im übrigen aber § 133 fast wörtlich den § 144 des alten Gesetzes entspräche und aus der Entstehungsgeschichte sich ergebe, daß eine sachliche Änderung nicht habe eintreten sollen. So BA. Frankfurt a. O. v. 20. Dez. 1898 in Pharm. Ztg. 1899 Nr. 5 S. 38; RG. v. 3. Oktober 1881 in Pharm. Ztg. 1881 Nr. 94. Und gestützt auf diese Entscheidungen die frühere Praxis der Verwaltungsbehörden. Neuerdings hat man aber diese Ansicht aufgegeben und hält die Bezirksausschüsse auch für das Entschädigungsverfahren für die 1810 aufgehobenen Exklusiv-Privilegien für zuständig, da die abweichende Ansicht der Motive gegenüber dem klaren Wortlaut des § 133, der ganz allgemein die Bezirksausschüsse für das Entschädigungsverfahren für aufgehobene Gewerbeberechtigungen für zuständig erkläre, nicht in Betracht kommen könne. So auf Grund der Auskunft des Kultusministers und der Minister des Innern und für Handel und Gewerbe OVG. 51, 315 und demgemäß auch jetzt die Praxis. Man darf nun aber nicht annehmen, daß durch die Übertragung des Entschädigungsverfahrens an ein Gericht sich das Verfahren dahin geändert habe, daß nun der Berechtigte im eigentlichen Sinne beweispflichtig sei und daß er abzuweisen sei, wenn er nicht den Wert der Berechtigung im Jahre 1811 beweise. Vielmehr hat der Bezirksausschuß von Amtswegen nach billigem Ermessen eine Ermittelung und Feststellung des damaligen Wertes evtl. durch Sachverständige zu treffen, wie dies auch in den damaligen Gewerbegesetzen bestimmt ist. (OVG. 51, 315.) Vgl. auch das Ablösungsverfahren in Striegau, wo zuerst die Stadtverordnetenversammlung sich mit der Feststellung der Ablösungssumme befaßte und während des Verfahrens der Minister zu der Ansicht kam, der Bezirksausschuß sei zuständig. Der Bezirksausschuß hat dann die Entschädigung festgesetzt und das OVG. in letzter Instanz entschieden. (cf. A. Ztg. 1908 Nr. 19 S. 192; OVG. v. 28. 4. 1910 in A. Ztg. 1910 Nr. 38 S. 339.) Den Betrag, der als Entschädigung gezahlt wird, das Verhältnis, in dem dieser Betrag von den Beteiligten getragen wird, bestimmt also jetzt der Bezirksausschuß. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß unter den Beteiligten unstreitig ist, d a ß der alte Apothekeninhaber entschädigungsberechtigt ist, daß sein Privileg also 1811 ein ausschließliches gewesen ist und sie sich nur über den Betrag nicht einigen können. Wird diesem aber die Berechtigung zur Entschädigung bestritten, so muß er diese erst im Klagewege vor den ordentlichen Gerichten gegen die Beteiligten feststellen. So ausdrücklich Reichsgewerbeordnung § 9, Ges. v. 17. März 1868

§ 49. Aber auch wenn, wie hier, keine besondere Vorschrift besteht, muß diese Frage im Rechtswege entschieden werden, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. cf. RG. JW. 03 S. 423 Nr. 13; OVG. 51, 315. Klagantrag und wenn sich die Entschädigungsberechtigung erweist, der Urteilstenor werden dann dahin zu fassen sein: „Gegenüber dem neukonzessionierten Apotheker und der Stadtgemeinde wird festgestellt, daß Kläger ein Recht auf Entschädigung wegen des ihm durch die Konzessionierung eines zweiten Apothekers in X widerfahrenen Eingriffs in die von ihm in X ausgeübte Apothekergerechtigkeit hat und daß die ihm im künftigen Entschädigungs-Feststellungsverfahren festzustellende Entschädigungssumme in dem von der zuständigen Behörde festzustellenden Betrag und Verhältnis an ihn zu zahlen ist.“ cf. LG. II Berlin vom 10. 10. 1894 in Pharm. Ztg. 1905 Nr. 8 S. 78.

§ 5.

Entstehen der Realprivilegien.

Wir haben dann zu erörtern, wie die Realapothekergerechtigkeiten entstanden sind. Es ist dies deshalb sehr wichtig, weil derjenige, der eine Realapothekergerechtigkeit für sich in Anspruch nimmt, deren Bestehen beweisen muß und dies nicht anders kann, als daß er ihr Entstehen nachweist. Wie sich aus der RevAO. § 1 und Med.-O. § 251 ergibt, sind die Realapothekergerechtigkeiten durch landesherrliches Privileg entstanden. Über diese Erteilung des Privilegs wurde dem Inhaber eine Urkunde ausgestellt. Durch deren Vorlage wird also der jetzige Inhaber jederzeit den Beweis des Bestehens erbringen können, da nach allgemeinen Grundsätzen die Fortdauer vermutet wird. Insbesondere sind durch die preußische und kurhessische Gewerbegesetzgebung die Apotheker-Realprivilegien nicht beseitigt worden. Oftmals kommt es jedoch vor, daß eine Apotheke von jeher als Realprivileg besessen ist, ohne daß noch ein Ausweis über die Verleihung existiert. In diesen Fällen kann sich der Inhaber nicht darauf berufen, daß das Privileg ersessen sei, denn das ist ja gerade das Wesen des Privilegs, daß es nur durch staatlichen Akt entsteht. Es kann daher nie eine Realapothekergerechtigkeit entstanden sein, außer durch Erteilung eines Privilegs durch die Regierung oder anderen Verleihungsberechtigten, z. B. Standesherren oder Stadt. Mag jemand auch noch solange eine Apo-

theke als Realgerechtigkeit ungestört betrieben haben, so steht ihm dennoch ein solches Recht nicht zu, da ein solches nur durch Privileg erteilt wird. Möglicherweise kann sich aber ein Apotheker, dem die Verleihungsurkunde verloren gegangen ist, dadurch helfen, daß er sich auf unvordenkliche Verjährung stützt. Obwohl das BGB. dies Institut nicht mehr kennt, ist es hier noch anwendbar, da für Realgewerbegerechtigkeiten nach Art. 74 EGBGB. das Landesrecht gilt. Die unvordenkliche Verjährung erzeugt nicht eine Realgewerbegerechtigkeit, sondern begründet nur auf Grund des lang dauernden Zustandes die Vermutung, daß dieser Zustand zu Recht bestanden hat, also einstmals ein Apothekenprivileg ordnungsmäßig verliehen worden ist.[1]) So kann es allerdings im Einzelfall vorkommen, daß die Regierung jemand als Inhaber eines Apothekenprivilegs behandeln muß, obgleich in Wirklichkeit ein Privileg niemals verliehen war. Praktisch führt dies also zu demselben Ergebnis, als wenn die Apotheke durch Ersitzung erworben wäre. Jedoch sind natürlich die Voraussetzungen andere. Die unvordenkliche Verjährung geht aber auch insoweit weiter als eine Ersitzung, als letztere z. B. in Altpreußen 1810 hätte vollendet werden müssen, denn es ist klar, daß, wenn gesetzlich die Verleihung von Apotheken-Realgerechtigkeiten verboten wurde, diese auch nicht mehr durch Ersitzung hätten erworben werden können.[2]) Eine andere, m. E. zu bejahende[3]) Frage ist, ob ein freiveräußerliches Privileg gegen den Inhaber von einem Dritten ersessen werden kann.

---

§ 6.

Erlöschen.

Wir haben oben schon gesehen, daß das Erlöschen der Apothekenbetriebsrechte als unter die Regelung der Apothekenbetriebsverhältnisse fallend, nach Landesrecht zu entscheiden ist. Die Apothekenprivilegien sind durch Privileg verliehene Realgewerbeberechtigungen. Ein so privilegiertes Recht endigt nun in derselben Weise, wie es endigen würde, wenn es auf irgend einem anderen Wege entstanden wäre. Die Erlöschungsgründe für

[1]) So Wächter, § 122 S. 832, nicht ganz genau RG. v. 4. 2. 1905 in Pharm. Ztg. 1905 Nr. 69 S. 727; OLG. Naumburg v. 21. Juni 1906 in Pharm. Ztg. 1907 Nr. 10.

[2]) So auch im Ergebnis OVG. v. 19. 11. 1908 in A. Ztg. 1909 Nr. 22 S. 196.

[3]) a. M. Unger Bd. 2 § 107 S. 316 Anm. 9.

Privilegien sind daher je nachdem, welcher Klasse von Rechten sie angehören, sehr verschieden. In früherer Zeit, als dies noch nicht deutlich erkannt war, stellte die Wissenschaft eine Reihe von besonderen Erlöschungsgründen auf, die für alle Privilegien gelten sollten. Besonders das Erlöschen durch Nichtgebrauch und durch Richterspruch bei mißbräuchlicher Ausübung wurden als solche angesehen.[1] Heute[2] ist man sich darüber einig, daß der Nichtgebrauch bei einem privilegierten Recht keine andere Wirkung hat, als bei einem gleichartigen Recht, das auf andere Weise entstanden ist. Auch kann man die Gerichte nicht für befugt halten, jedes Privileg wegen Mißbrauchs für verwirkt zu erklären, es sei denn, daß dies bei einem einzelnen durch Privileg erteilten Recht ausdrücklich bestimmt ist. Die früher herrschende Ansicht, daß Nichtgebrauch und Mißbrauch besondere Erlöschungsgründe für Privilegien seien, hat jedoch in einer Reihe von Partikulargesetzen ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden, und wo diese Gesetze noch gelten, müssen sie auch befolgt werden. Das Erlöschen von Privilegien durch Nichtgebrauch sah zwar das ALR. nicht vor, es legt jedoch in § 72 der Einleitung den Gerichten die Befugnis bei, ein Privileg wegen groben Mißbrauchs für verwirkt zu erklären. Aber für Preußen sind diese Bestimmungen aufgehoben durch § 89 des Pr. AG. BGB., sodaß wir heute Mißbrauch nicht mehr allgemein als besonderen Erlöschungsgrund für Privilegien haben. M. E. ist auch nicht der von Dernburg § 27 VII 3. und Lewinsky S. 18 vertretenen Ansicht beizustimmen, daß bei vor 1900 erteilten Privilegien die Verwirkung wegen Mißbrauchs durch Richterspruch noch möglich sei, weil die Privilegien nach dem damaligen Rechtszustande mit dieser Beschränkung erteilt seien. Diese Folgerungen aus § 72 der Einleitung zum ALR. zu ziehen, halte ich nicht für richtig. Vielmehr hängt die Entscheidung davon ab, welche Wirkungen man der gesetzlichen Änderung einer Materie beilegt. Richtiger Ansicht nach findet aber das neue Gesetz auch auf schon bestehende Rechte Anwendung.[3] Das alte Recht ließ eben die Privilegien durch Mißbrauch erlöschen und das neue Gesetz bestimmt, daß dies nicht mehr der Fall sein soll. Träte man der bekämpften Ansicht bei, so müßte man folgerichtig auch den Schluß ziehen, daß der genannte § 72 auf vor Inkrafttreten des ALR. verliehene Privilegien keine Anwendung finde, eine Ansicht

[1]) cf. darüber Beseler § 50 S. 164.
[2]) cf. Gierke Bd. 1, § 34 S. 307.
[3]) Enneccerus I § 56 S. 123.

die, soviel ich sehen kann nirgends vertreten wird. Eine Erlöschungsart gibt es allerdings, die allen Rechten und daher auch denen durch Privileg erteilten Rechten gemeinsam ist, das ist die Aufhebung durch Gesetz. Die Frage, ob in diesen Fällen ein Anspruch auf Entschädigung gegen den Staat gegeben ist, soll an späterer Stelle erörtert werden. Hier soll nur auf diese Möglichkeit des Erlöschens von Privilegien hingewiesen werden, zumal gerade bei Apothekenbetriebsrechten diese Art des Erlöschens häufiger vorgekommen ist. Es mag nur an die Aufhebung der Apothekenprivilegien in den anfangs vorigen Jahrhunderts unter französischer, westfälischer oder bergischer Herrschaft stehenden Ländern erinnert werden. Aber auch schon vor dieser Zeit hat ein Gesetz für den ganzen Umfang der damaligen Monarchie Preußens die Apothekenprivilegien, wenn auch nur teilweise, aufgehoben. Denn nach § 2 RevAO. ist der Kreis der Apothekenprivilegien, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vererblich und veräußerlich sein sollen, begrenzt und auf die Privilegien eingeschränkt, die damals an einem Ort fundiert sind. Darunter sind aber nicht schon die bloß verliehenen Apothekenprivilegien zu verstehen, sondern nur diejenigen, die schon damals auf einem bestimmten Grundstück betrieben wurden. Und daraus, daß auch die folgenden §§ 3 und 4 RevAO., die im unmittelbaren Zusammenhang mit § 2 stehen, eine bereits in Betrieb gesetzte Apotheke voraussetzen und endlich § 6 nur bereits vorhandenen Apotheken, d. h. wie er die bereits betriebenen vor Vermehrung schützt, ergibt sich der Schluß, daß auch durch § 2 nur bereits betriebene Apotheken geschützt werden, und die noch nicht in Betrieb gesetzten erloschen sein sollten.[1]) Ein Apothekenprivileg erlischt ferner aus allen den Gründen, aus denen eine Realgewerbegerechtigkeit erlischt, z. B. durch Verzicht. Dieser ist der Regierung gegenüber zu erklären als der Behörde, die das Recht ins Leben gerufen hat.[2]) Man könnte zweifeln, ob ein solcher Verzicht möglich ist. Denn oft enthalten solche Rechte zugleich untrennbare Verpflichtungen. Hier würde ein Verzicht nicht für angängig zu halten sein. So könnte man bei Apotheken sagen, das Recht zum Betriebe der Apotheke sei im öffentlichen Interesse behufs Versorgung des Publikums mit Arzneimitteln erteilt. Dieser Zweck werde vereitelt, wenn plötzlich infolge des Verzichtes der Apothekenbetrieb eingestellt werde, daher könne nur ein betagter Verzicht zulässig sein, nämlich betagt bis zu

---

[1]) RG. Gruchot 39, S. 1019.
[2]) Unger Bd. 2 § 107 S. 317.

dem Zeitpunkt, wo die Regierung eine andere Arzneimittelstelle eingerichtet habe. Die Kurh. Med.-O. macht zwar durch § 264 den Verzicht von der Genehmigung der Regierung abhängig, für Altpreußen ist aber eine derartige Beschränkung nicht zu machen, weil eine sie anordnende gesetzliche Bestimmung nicht vorhanden ist. Und mögen auch die Erwägungen für eine künftige Regelung sehr beachtenswert sein, so kann man doch nicht sagen, daß sich eine solche Beschränkung auch ohne gesetzliche Bestimmung aus der Natur des Apothekenbetriebsrechts ergebe. Die von Lewinsky S. 16 und 17 für die gegenteilige Ansicht angeführten Min.-Erl. vom 17. Nov. 1893 und 24. Februar 1903 scheinen denn auch auf dem hier vertretenen Standpunkt zu stehen. Denn wenn der Minister sagt, er werde einen Apothekenbesitzer, der gegen Verzichtleistung auf sein Betriebsrecht sich um eine andere Konzession bewerben wolle, nur zulassen, wenn er sich u. a. bindend verpflichte, seine alte Apotheke solange weiter zu betreiben, bis ein Nachfolger die Geschäfte übernommen habe, so hält er doch einen sofortigen Verzicht für zulässig. Müßte der Apothekenbesitzer kraft Gesetzes seine Apotheke bis zur anderweitigen Besetzung betreiben, dann brauchte er sich nicht noch dazu zu verpflichten.

Eine weitere wichtige Frage ist, ob die Realgewerbeberechtigungen durch Nichtausübung während bestimmter Zeit erlöschen. Dies ist nicht schon oben entschieden, denn dort handelte es sich darum, ob Privilegien als solche unbekümmert, was für ein Recht sie enthalten, durch Nichtausübung untergehen, was verneint worden ist. Hier dagegen handelt es sich um die davon gänzlich verschiedene Frage, ob Realgewerbegerechtigkeiten durch fortdauernden Nichtgebrauch untergehen. Ein Verzicht auf das Gewerberecht ist in der Nichtausübung nicht ohne weiteres zu erblicken,[1]) und aus der Natur der Gewerberechte heraus kann man auch nicht zur Bejahung kommen.[2]) Ein Erlöschen durch Nichtgebrauch findet daher nur statt, wenn dies gesetzlich bestimmt ist,[3]) wie z. B. in Württemberg, durch Art. 12 des Ges. vom 3. Nov. 1855 (RBl. S. 269), der durch Gesetz vom 14. Juni 1887 (RBl. S. 163) aufrecht erhalten ist. In anderen Staaten, z. B. Bayern erledigt sich diese Frage schon dadurch, daß alle Privilegien durch zehnjährige Nichtausübung erlöschen. Dadurch werden auch die Realgewerbegerechtigkeiten mitbetroffen, da sie Privilegien sind. Das preußische Recht kennt ja ein solches

[1]) Bayr. OB. Lg. in Recht 09 Nr. 857.
[2]) Unger Bd. 2 § 107 S. 117.
[3]) Landmann S. 106.

Erlöschen von Privilegien schlechthin durch Nichtgebrauch nicht, wie oben gezeigt ist, aber auch eine solche spezielle Bestimmung für Realgewerberechte und insbesondere die Apotheker-Realrechte fehlt hier. Man kann sich auch nicht etwa auf § 3 I RevAO berufen. Wenn der nichtqualifizierte Inhaber das Privileg nach Ablauf der 1½ Jahre nicht an einen qualifizierten Apotheker veräußert hat, so ruht es zwar, bis es wieder an einen solchen kommt, aber es geht mangels einer dies ausdrücklich anordnenden Bestimmung nicht unter.[1]) Daher erlöschen in Alt-Preußen die Realapothekerprivilegien durch Nichtgebrauch nicht, so bedauerlich dies auch vom gesetzgeberischen Standpunkt aus sein mag.

Die kurh. Med.-O. enthält dagegen in § 258 eine solche gesetzliche Bestimmung.

> „In allen Fallen, wo eine Apotheke ohne gehörigen Vorsteher sich befindet, hat der Eigentümer oder dessen Vertreter innerhalb zweier Monate von der Erledigung an für die Verwaltung durch einen Provisor zu sorgen. Die Vernachlässigung jener Obliegenheit während der gedachten zwei Monate soll nach vorgängiger zeitiger Verwarnung den Verlust des Realprivilegs selbst zur Folge haben."

Danach endigt also ein Realapothekerprivileg schon durch zweimonatige Nichtausübung.

Einen weiteren Erlöschungsgrund der Apothekenprivilegien, den das altpreußische Recht nicht kennt, ordnet § 254 Med.-O. an.

> „Stirbt ein Apotheker, der ein Real- oder erbliches Privileg besitzt und ist kein zur Übernahme sich eignender Erbe da, auch kein Grund vorhanden, wegen einer Witwe oder eines minderjährigen Erben durch Verpachtung oder Verwaltung vermittels eines Provisors die Apotheke fortbestehen zu lassen . . ., so soll die Apotheke, wo solche nicht innerhalb zweier Jahre an einen dazu geeigneten Apotheker veräußert würde, geschlossen und ein neues Privileg erteilt werden."

Dasselbe muß aber aus Gleichheit des Rechtsgrundes gelten, wenn ein Nichtqualifizierter unter Lebenden ein Apotheker-Privileg erwirkt. § 253 Med.-O. bestimmt ferner:

> „Kein Apotheker kann zwei oder mehrere selbständige Apotheken zugleich besitzen oder erwerben. Ist eine zweite Apotheke ihm zugefallen, . . . so hat er binnen einem Jahr eine davon an einen mit den erforderlichen Eigenschaften (§ 283) versehenen Käufer zu veräußern. Unterläßt er solches, so ist die Apotheke zu schließen und nur in dem

[1]) So mit Recht auch Lewinsky S. 10.

Fall, wo nicht schon eine unverhältnismäßig große Anzahl von Apotheken besteht, ein neues Privileg zu erteilen."

In Altpreußen besteht mangels einer dies anordnenden Gesetzesvorschrift dieser Erlöschungsgrund nicht. Es kann also dort jemand zwei Apothekenprivilegien zu Eigentum besitzen, ohne daß eins erlischt. Das ist auch der Standpunkt des Ministeriums. cf. Pharm. Ztg. 1895 Nr. 47 S. 186.

Eine andere Frage ist natürlich, ob er auch beide Apotheken betreiben kann. § 3 RGewO.:

„Der gleichzeitige Betrieb verschiedener Gewerbe sowie desselben Gewerbes in mehreren Betriebs- oder Verkaufsstätten ist gestattet,"

findet auf Apotheker keine Anwendung, da dies zur Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse gehört. Es ist also nach Landesrecht zu entscheiden, ob ein Apotheker mehrere Privilegien betreiben kann.[1]) Eine ausdrücklich dies verbietende Vorschrift findet sich in der RevAO. nicht. An und für sich könnte deshalb ein Apotheker, der ein zweites Privileg hinzu erworben hat, sei es an diesem, sei es an einem anderen Orte, dieses ebenfalls betreiben. Praktisch ist dies jedoch deshalb unmöglich, weil er eins von diesen Privilegien durch einen Stellvertreter betreiben lassen müßte. Die Regierung würde auch in einem solchen Falle die dazu — nach der hier vertretenen Anschauung — erforderliche Genehmigung sicher versagen. Die Praxis steht sogar auf dem Standpunkt, daß für Apotheker schlechthin der Betrieb mehrerer Apotheken unzulässig sei. Doch läßt sich dies m. E. aus der RevAO. nicht begründen.

Noch eine andere Frage ist, ob ein Apotheker neben seiner Apotheke ein anderes Gewerbe betreiben darf. Das ist ihm grundsätzlich nicht verboten.[2]) Nur die ärztliche Tätigkeit ist den Apothekern versagt, wie umgekehrt die Ärzte außer gewissen Ausnahmen (Hausapotheke) das Apothekergewerbe nicht betreiben dürfen. (§ 14 I RevAO.). Dies zieht jedoch nur Bestrafung, nicht Erlöschen des Apothekenbetriebsrechts nach sich.

---

§ 7.

Realprivileg und nicht qualifizierter Inhaber.

§ 2, I RevAO. lautet:

„Die Apothekenprivilegien, die einmal an einem Orte fundiert sind, sind sowohl vererblich als überhaupt veräußer-

[1]) So auch Böttger S. 3.

[2]) cf. Min.-Erlaß v. 11. Jan. 1898.

lich . . ., doch gehört zur Besitzfähigkeit des Erwerbers, daß er selbst ein gelernter Apotheker sei und als solcher von der Medizinalbehörde approbiert werde."

Danach könnte man annehmen, als ob das Privileg nur an einen qualifizierten Apotheker veräußert werden könne. Tatsächlich wurde denn auch diese Ansicht im Anfang vorigen Jahrhunderts vertreten. So im Gutachten des Ministers des Innern und des Kultusministers vom 10. März 1840, wo es heißt: „. . . Die an und für sich vererblichen und veräußerlichen Apothekerprivilegien sind einer Beschränkung nach §§ 2—4 RevAO. nur darin unterworfen, daß ihre Veräußerung bei Lebenszeit des Inhabers überall nicht anders als an einen für das pharmazeutische Geschäft vorschriftsmäßig befähigten und approbierten Nachfolger geschehen darf . . . ." und später wird sogar ausgeführt, „. . . . als eine aus den obigen Bestimmungen der RevAO. hervorgehenden Maßgabe versteht sich jedoch, daß die Vererbung und Veräußerung des mit einem Apothekenprivilegiums verbundenen Grundstücks, so lange dieser Realnexus besteht, den nämlichen Bedingungen in betreff der persönlichen Qualität des Akquirenten unterliegt, welche für die Vererbung und die Veräußerung des Privilegiums an sich vorgeschrieben sind." In Wirklichkeit soll mit § 2 Abs. 2, wie sich aus dem folgenden § 3 klar ergibt, nur gesagt sein, daß, nur wenn ein qualifizierter Apotheker Inhaber des Privilegs ist, er die Apotheke betreiben darf. Das Privileg kann auf jeden beliebigen übertragen werden, nur ruht dann nach allgemeinen Grundsätzen das Privileg, wenn ein Nichtqualifizierter es erwirbt; so schon Präjudiz 2412 des OTR. in OTR. Bd. 24 S. 33. Dieser darf es dann auch nicht durch einen qualifizierten Stellvertreter betreiben lassen. § 3 macht allerdings von diesem Grundsatz eine Ausnahme, indem er bestimmt, daß das Ruhen des Apothekenprivilegs erst nach 1½ Jahren eintreten solle und bis dahin der nichtqualifizierte Erwerber die Apotheke durch einen qualifizierten Stellvertreter verwalten lassen könne. Bedeutend erweitert wird dann diese Ausnahme noch zugunsten der Witwen und minderjährigen Kinder eines Apothekers, die dessen Erben geworden sind. In § 4 ist zwar nur von der Witwe und den Kindern schlechthin die Rede, es ist nichts davon erwähnt, daß sie gerade Erben des verstorbenen Apothekers sein müßten, trotzdem ist dies erforderlich. Man könnte zwar dagegen den ganz ähnlichen § 46 der GewO. heranziehen, der lautet:

„Nach dem Tode eines Gewerbetreibenden darf das Gewerbe für Rechnung der Witwe während des Witwenstandes

oder wenn minderjährige Erben vorhanden sind, für deren Rechnung durch einen nach § 45 qualifizierten Stellvertreter betrieben werden, insofern die über den Betrieb einzelner Gewerbe bestehenden besonderen Bestimmungen nicht ein anderes verordnen",

und der von der h. M. dahin ausgelegt wird, daß die Witwe nicht Erbin ihres verstorbenen Mannes zu sein brauche.[1] Aber eine nähere Betrachtung ergibt, daß die beiden Paragraphen ganz verschiedene Verhältnisse regeln wollen.

§ 46 GewO. denkt an die Fälle, wo durch den Tod des Mannes die Konzession zum Gewerbebetrieb erloschen ist, z. B. die Schankkonzession. Er verleiht daher der Witwe und den minderjährigen Erben die Vergünstigung, daß sie auch ohne neue Konzession, die sie wegen ihres Nichtqualifiziertseins doch nicht erwerben könnten, das Gewerbe durch einen qualifizierten Stellvertreter betreiben können.[2] Ob die Witwe Erbin ist oder nicht, ist dabei einerlei, denn die Konzession ihres Mannes hat sich, da sie erloschen ist, nicht weiter vererbt.

Anders liegen die Verhältnisse in dem Fall des § 4 RevAO. Hier ist das Betriebsrecht auf die Erben übergegangen. Sie können darüber verfügen, sie können es auch, wenn sie qualifiziert sind, dauernd, wenn sie nicht qualifiziert sind, wenigstens 1 ½ Jahre betreiben. Es würden sich unlösbare Verwickelungen ergeben, wenn nun dazu auch noch die Witwe und minderjährige Kinder die nicht Erben wären, das Betriebsrecht hätten. Schon aus der Natur des vererblichen Apothekenprivilegs muß also dies Ergebnis abgelehnt werden. Aber auch aus der Stellung des § 4 zu den vorhergehenden Paragraphen ergibt sich, daß nur eine Witwe und Kinder, die Erben sind, gemeint sein können. § 2 bestimmt, daß ein nichtqualizierter Besitzer die Apotheke nicht durch einen Stellvertreter betreiben lassen darf. Von diesem Grundsatz machen die folgenden Paragraphen Ausnahmen und bestimmen, wie lange in besonderen Fällen dennoch ein nicht qualifizierter Besitzer die Apotheker durch einen Stellvertreter verwalten lassen darf. Aber immer wird vorausgesetzt, daß derjenige, für den die Apotheke betrieben wird, das Privileg besitzt. cf. auch J. M. Bl. 1840 S. 113, wo unsere Ansicht vorausgesetzt wird. Praktisch tritt diese Frage nicht so häufig in Erscheinung, weil meistens Witwe und Kinder die Erben sind.

Treffen mit der Witwe und minorennen Kindern noch

---

[1]) Landmann zu § 46.

[2]) Schultzenstein, VA. 10 S. 113.

andere Erben zusammen, so wird die Apotheke lediglich für Rechnung der ersten geführt. Ebenso, fallen bei einem Kinde durch Erreichung der Volljährigkeit oder bei der Witwe durch Wiederverheiraten die Voraussetzungen fort, so scheidet diese Person aus und die Apotheke wird für Rechnung der übrigen weiter betrieben.

Neben dem Verwaltungsrecht besteht für die Inhaber auch die Möglichkeit, das Privileg zu veräußern. Wenn daher das Verwaltungsrecht nur einem Teil der Erben zusteht, so wird sich bei den andern besonders lebhaft der Wunsch geltend machen, das Privileg zu veräußern. Der Teil, dem die Vergünstigung der Verwaltung zusteht, wird dagegen nicht besonders dazu geneigt sein. Und so wird es leicht mangels einer Einigung zur Zwangsversteigerung zwecks Auseinandersetzung kommen. Ähnlich werden die Verhältnisse liegen, wenn ein Sohn die Approbation als Apotheker erlangt hat und nun die Apotheke übernehmen möchte, oder eine Tochter sich mit einem Apotheker verheiraten will. Deshalb bestimmt § 5, daß in diesen Fällen für alle das Verwaltungsrecht endigen soll und der Übernehmer den Miterben eine billige Abfindung geben soll. Dadurch wird wenigstens verhindert, daß einer der Miterben sich der Übernahme deshalb widersetzt, weil er noch besondere Vorteile aus der ihm allein zustehenden Verwaltung zu erzielen hofft. Auf die Zustimmung zur Übertragung gegen Gewährung einer angemessenen Abfindung müßte, wenn sie nicht gütlich erfolgt, geklagt werden.

Die Medizinalordnung trifft nur für den häufigsten Fall, wo ein Apothekerprivileg an einen nichtqualifizierten Inhaber kommt, nämlich wenn ein Apotheker stirbt, ausdrückliche Regelung. § 254 gewährt die Befugnis, die Apotheke durch einen Provisor verwalten zu lassen, 1. der Witwe — auch hier geht aus dem Zusammenhange hervor, daß die Witwe Erbin sein muß, — 2. — weitergehend als die RevAO. — nicht nur den minderjährigen Kindern, sondern allen minderjährigen Erben schlechthin. Andere nichtqualifizierte Erben müssen bei Vermeidung der Entziehung des Privilegs dieses binnen 2 Jahren an einen qualifizierten Apotheker veräußern; bis dahin müssen sie die Apotheke durch einen Provisor verwalten lassen. Der Fall, daß unter Lebenden ein Nichtqualifizierter das Apothekenprivileg erwirbt, ist in der Med.-O. nicht geregelt. Zulässig ist dies nach allgemeinen Grundsätzen. Es würde nur mangels besonderer Bestimmung die Folge eintreten, daß das Apothekenprivileg ruht, bis es, ohne vorher erloschen zu sein, an einen qualifizierten

Apotheker kommt. Die Bestimmungen des § 254, die ausdrücklich nur für den Erwerb von Todeswegen gelten, müssen aber als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips angesehen werden, daß ein nichtqualifizierter Erwerber die Apotheke binnen zwei Jahren an einen Apotheker veräußern und bis dahin durch einen Provisor verwalten lassen muß.

---

§ 8.
Dingliche Rechte an den Realprivilegien.

Aus dem § 2 RevAO. — für Kurhessen ergeben sich dieselben Folgerungen aus § 251 Med.-O., wie wir vorher gesehen haben — folgt nicht allein, daß die Realapothekerprivilegen auf jeden Beliebigen zu Eigentum übertragen werden können, auch die Zuläſſigkeit der Belastung folgt daraus. So kann ein Nießbrauch daran bestellt werden. cf. auch Erl. v. 13. Mai 1824, nach dem Vererbpachtung für zuläſſig erklärt wurde. Als eingebrachtes Gut der Frau unterliegt es der Verwaltung und Nutznießung des Mannes. Ferner kann es verpfändet und gepfändet werden und gehört daher auch zur Konkursmasse. Ist das Realprivileg belastet, dann kann natürlich der Eigentümer nicht solche Verfügungen darüber treffen, die die Berechtigten beeinträchtigen würden. So kann der Inhaber es zwar veräußern und weiter belasten, aber nicht ohne Zustimmung der Berechtigten wirksam darauf verzichten. Die Belastung kann auch für einen nichtqualifizierten Berechtigten erfolgen, das Privileg kann jedoch nur, wenn die Berechtigten qualifizierte Apotheker sind, auf ihren Namen betrieben werden. (§ 2 Abs. 2 RevAO.). Es ist auch nicht der Ausweg möglich, die Apotheke dauernd durch einen qualifizierten Stellvertreter betreiben zu lassen, denn die Stellvertretung ist nur dann möglich, wenn auch der Berechtigte qualifiziert ist.

---

§ 9.
Zuläſſigkeit der Verpachtung.

Sehr bestritten ist die Frage, ob ein Realapothekerprivileg verpachtet werden kann. Schon ein Min.-Erl. vom 19. Mai 1821 erklärte die Verpachtung von Apotheken für unzuläſſig, wogegen seit der Verfügung des Kultusministers vom 28. Februar 1870 die Verpachtung allgemein gestattet wurde. Neuerdings läßt die

Preuß. Verwaltung wiederum eine Verpachtung von Apotheken nur zu, wo dies durch ausdrückliche gesetzliche Vorschriften gestattet ist. cf. Runderl. v. 21. Sept. 1886. An dieser Stelle haben wir nur zu untersuchen, ob eine Verpachtung von Realapothekerprivilegien zulässig ist. Die Min.-Erlasse können selbstverständlich kein neues Recht schaffen, sondern nur aus den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen die Folgerungen ziehen. Soweit die Erlasse mit den gesetzlichen Bestimmungen im Widerspruch stehen, sind sie ungültig. Der Erlaß von 1886 erklärt die Verpachtung von Apotheken für unzulässig, außer wo dies durch ausdrückliche gesetzliche Vorschriften gestattet ist. Man kann nun nicht in § 65 Preuß. GO. — m. E. ist dieser Paragraph, nicht wie Kuhn a. a. O. S. 91 und andere meinen § 48 RGewO. heranzuziehen, da für die Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse das Landesrecht gilt — eine solche ausdrückliche Gesetzesbestimmung für Realapothekenprivilegien sehen und annehmen, daß deshalb der Erlaß von 1886 auf diese gar keine Anwendung finde. Denn § 45 Preuß. GewO. sagt garnichts für die Frage, inwieweit Realgewerbegerechtigkeiten übertragbar sind, sondern stellt nur die gewerbspolizeiliche Beschränkung auf, daß, wer eine solche auf eigne Rechnung ausüben wolle, sei es als Eigentümer oder Nutzungsberechtigter, qualifiziert sein müsse.[1]) Er findet übrigens auch auf die Apothekerrealprivilegien keine Anwendung, da für diese die RevAO. Sonderbestimmungen enthält, und diese als lex specialis vorgehen. Eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung im Sinne dieses Erlasses findet sich nur für das Gebiet des ehemaligen Kurfürstentums Hessens in § 262 der Med.-O. In den Landesteilen, wo die RevAO. gilt, verbietet daher der Erlaß von 1886 die Verpachtung von Realapothekenprivilegien. Es ist zu prüfen, ob der Minister zu diesem Verbot berechtigt war. Die Frage kann allein aus der RevAO. beantwortet werden, denn hier ist die Rechtsnatur der Apothekenprivilegien geregelt. Wenn § 2 der RevAO. bestimmt, daß die Apothekenprivilegien sowohl vererblich als überhaupt veräußerlich sein sollen, so ist damit auch die Zulässigkeit der Verpachtung ausgesprochen. Denn diese ist Übertragung der Ausübung nach. Eine solche würde nur dann unzulässig sein, wenn die RevAO. das ausdrücklich oder stillschweigend anordnete. Letztere Ansicht vertritt der Min.-Erl. von 1821. Ihm kann aber nicht zugestimmt

---

[1]) Landmann zu § 48 RGewO.; A. M. Lewinsky S. 113, nach dem § 48 RGewO. zwar die Zulässigkeit der Übertragung anordnen soll, worunter aber die Verpachtung nicht falle, da der Verpächter Inhaber bleibe und dem Pächter nur die Nutzung gestatte.

werden. Ein medizinalpolizeiliches Interesse steht an sich der Verpachtung nicht entgegen, wenn es in der RevAO. keinen Ausdruck gefunden hat. Aus §§ 4 und 7 I RevAO., die der Min.-Erl. heranzieht, ist dies aber nicht zu schließen. Das folgt aus ihrer Stellung im System. § 4 trifft in keiner Weise ein Pachtverbot. In § 2 Abs. 2 und § 3 ist der Grundsatz aufgestellt, daß nur ein qualifizierter Besitzer die Apotheke für seine Rechnung betreiben dürfe und von diesem Grundsatz macht § 4 für die Witwen und Waisen des Apothekers eine Ausnahme. Er ordnet gerade an, daß diese das Privileg nicht auf einen anderen, sei es ganz oder pachtweise zu übertragen brauchen, sondern die Apotheke auf ihren eigenen Namen und Rechnung betreiben lassen können. (cf. auch dazu § 254 Med.-O.). § 7 RevAO. endlich bestimmt, „Zur Qualifikation eines Apothekers in Hinsicht auf die Kunst nach § 1 gehört, daß er unter Beibringung des Privilegs (d. i. die Verleihungsurkunde) und des Attestes der Obrigkeit des Ortes seines Etablissements, welcher Gestalt er die Apotheke rechtsgültig erworben habe, . . . den Lehrbrief, auch die erforderlichen Zeugnisse über die Servierzeit beibringe.“ § 7 besagt also nur, daß derjenige, der eine Apotheke betreiben will, vorher der Regierung nachweisen muß, daß er dazu berechtigt ist. Das ist unter „rechtsgültiger Erwerb“ zu verstehen. Bei Abfassung der Vorschrift mag in erster Linie an den Eigentumserwerb gedacht sein, weil dieser der bei weitem häufigste ist. Sie betrifft aber in gleicher Weise den Pächter, der nachweisen muß, daß er die Apotheke gültig gepachtet habe. Die Frage der Übertragbarkeit — und dahin gehört auch die Zulässigkeit der Verpachtung — wollte § 7 nicht regeln, das tat schon und allein § 2. Sonach verbietet die RevAO. nicht die Verpachtung. Auch Lewinsky (S. 108 ff.) ist dieser Ansicht. Nur kommt er auf dem entgegengesetzten Wege dahin, daß der genannte § 7 der Verpachtung nicht entgegen steht. Er stimmt nämlich jenem Ministerialerlaß von 1821 darin bei, daß unter dem Erwerb einer Apotheke deren Verpachtung nicht zu verstehen sei, folgert aber im Gegensatz zu dem Ministerialerlaß gerade hieraus, daß nur ein neuer Eigentümer nicht aber ein Pächter den im § 7 geforderten Nachweis zu erbringen habe. Diesen Gedankengang halte ich jedoch nicht für richtig. Auch die Medizinalordnung sieht in der Veräußerlichkeit der Realprivilegien die Zulässigkeit der Verpachtung als enthalten an. Das zeigt § 262: „Bei Verpachtung von Apotheken müssen die Pachtverträge der Regierung zur Genehmigung vorgelegt werden, damit nicht unangemessene Bedingungen stattfinden, welche dem

Absatze und den Ortsverhältnissen nicht entsprechen und bei denen der Pächter zum Nachteil der Apotheke und des Publikums nicht bestehen kann." Dieser Paragraph gestattet nicht unabhängig vom § 351 die Verpachtung von Apotheken — das würde anders ausgedrückt sein, — er ist vielmehr eine Einschränkung von der an und für sich nach § 251 unbeschränkt zulässigen Verpachtung, indem diese von der Genehmigung der Regierung abhängig gemacht wird. Und diese Beschränkung ist nicht etwa, wie Kuhn a. a. O. S. 93 meint, durch § 45 und 48 RGewO. aufgehoben, denn, wie wir oben gesehen haben, gilt für diese Frage das Landesrecht. Sonach verbietet weder die RevAO. noch die Med.-O. die Verpachtung von Apothekenrealprivilegien. Die Zulässigkeit der Verpachtung folgt aber nicht, wie der Erlaß von 1870 annahm, aus der Zulässigkeit der Stellvertretung, denn ein Stellvertreter ist der Pächter nicht, der ja gerade auf eigenen Namen und Rechnung die Apotheke betreibt. Wenn danach die Zulässigkeit der Verpachtung nicht auf der Zulässigkeit der Stellvertretung beruht, kann der Erlaß von 1886 die Verpachtung nicht deshalb verbieten, weil er sie entgegen dem Erlaß von 1870 nicht unter die Stellvertretung fallend ansieht.[1]) Da sonach der Erlaß vom 21. September 1886 mit den bestehenden Gesetzen im Widerspruch steht, als er die Verpachtung von Realapothekenprivilegien verbietet, ist er insoweit ungültig. Die Zulässigkeit der Verpachtung ist von größter Bedeutung, denn sie ermöglicht den nichtqualifizierten Berechtigten (Eigentümer, Nießbraucher usw.) die Verwertung, ohne das Apothekenprivileg dauernd aus ihrem Vermögen zu geben.

---

§ 10.

Zulässigkeit des Betriebs durch Konkurs- und Zwangsverwalter.

Wir haben schon festgestellt, daß die Realapothekenprivilegien der Zwangsvollstreckung unterliegen und auch zur Konkursmasse gehören. Hier wäre noch zu untersuchen, ob auch der Konkursverwalter die Apotheke fortführen kann und ob eine Zwangsverwaltung möglich ist. Beides kann nur einheitlich beantwortet werden; was im folgenden vom Konkursverwalter gesagt ist, gilt in gleichem Maße für die Zwangsverwaltung. An und für sich hat der Konkursverwalter das Recht, das Geschäft des Schuldners fortzuführen, wie sich aus § 129 KO. ergibt, und unter Geschäft

---

[1]) So auch mit Recht Lewinsky S. 109.

ist auch ein Gewerbe verstanden. Aber schon in der Begründung zu § 129 KO. heißt es: „Ob und wie weit gewerbspolizeiliche Hindernisse, insbesondere aus dem Konzessionsrecht oder der Unzulässigkeit eines Gewerbebetriebes durch Stellvertreter entgegenstehen, bestimmt sich nach der Gewerbeordnung.“ [1]) Um diese Frage entscheiden zu können, müssen wir prüfen, in welchem Verhältnis der Konkursverwalter zu dem Schuldner steht. Nach der h. M. [2]) ist der Konkursverwalter weder als Vertreter des Gemeinschuldners noch als Vertreter der Gläubiger, sondern als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ zur Durchführung der Zwecke des Konkurses aufzufassen. Daraus folgt aber nicht, daß der Konkursverwalter das Gewerbe des Gemeinschuldners, das er fortführt, etwa auf seinen Namen betreibt. Diese Auffassung ist unrichtig. Verpflichtet wird nicht der Konkursverwalter, sondern die Masse, d. h. letzten Endes der Gemeinschuldner. Auch wenn man den Konkursverwalter als öffentlich-rechtliches Organ auffaßt, so schließt das doch nicht, wie Schultzenstein a. a. O. S. 475 meint, aus, daß er das Gewerbe des Gemeinschuldners als dessen Vertreter betreibt. Sein Amt besteht eben zum Teil darin, gewisse Verwaltungshandlungen an Vermögensstücken des Gemeinschuldners an dessen Stelle vorzunehmen. [3]) Daß der Konkursverwalter ein Gewerbe des Gemeinschuldners als dessen Stellvertreter betreibt, geht auch aus der oben zitierten Äußerung der Motive zur KO. hervor, wo als gewerbspolizeiliches Hindernis die Unzulässigkeit des Betriebs durch Stellvertreter angegeben wird. Betreibt sonach der Konkursverwalter das Gewerbe des Gemeinschuldners als dessen Vertreter, so unterliegt er auch den Bestimmungen des Gewerberechts über Stellvertreter. Der Konkursverwalter muß also, wenn er eine Apotheke fortführen will, qualifiziert sein (§ 61 Preuß. GewO.; die anderen folgern dies aus § 45 RGewO.). Außerdem ist nach dem hier vertretenen Standpunkt die Genehmigung der Regierung erforderlich (§ 67 Preuß. GewO., § 41 ABO.). Ferner kann, was allerdings nur für die Zwangsverwalter praktisch wird, die Apotheke nur dann durch einen Verwalter betrieben werden, wenn der Inhaber sie betreiben kann; das ist z. B. nicht der Fall, bei einem nichtqualifizierten Inhaber, bei dem die Vergünstigungen der §§ 3 und 4 RevAO. nicht vorliegen. Alles das sind also gewerbspolizeiliche Hindernisse, die dem Konkursverwalter evtl. an der

---

[1]) cf. Schultzenstein, Z. f. ZP. 33 S. 449.
[2]) RGZ. 29 S. 29.
[3]) cf. Mathiessen, ZZP. 31 S. 318.

Fortführung der Apotheke hindern. Praktisch wird wohl allein der Fall, daß der Konkursverwalter nicht qualifiziert ist. Denn einem qualifizierten Konkursverwalter wird die Regierung sicherlich die Genehmigung zum Weiterbetrieb erteilen, damit die Apotheke nicht geschlossen wird. Aber selbst wenn der Konkursverwalter, was meistens der Fall sein wird, nicht qualifiziert ist, kann er sich damit helfen, daß er mit Genehmigung der Regierung einen qualifizierten Stellvertreter bestellt. Jener kann dann, obwohl der Konkursverwalter nicht qualifiziert ist, die Apotheke betreiben, da er insoweit als Vertreter des qualifizierten Inhabers handelt. Würde die Regierung jedoch hierzu die Genehmigung versagen, so ermöglichte es § 79 KO. für den Betrieb der Apotheke einen qualifizierten Apotheker als Spezialkonkursverwalter zu bestellen. Endlich kann der Konkursverwalter in allen Fällen, wo gewerbspolizeiliche Hindernisse der Fortführung entgegenstehen, die Apotheke kraft seines Verwaltungsrechts verpachten. Damit kann er wenigstens zum Teil den Gläubigern den Vorteil des Betriebs der Apotheke sichern.

---

§ 11.

b) Realapothekerprivilegien und Zivilrecht.

Selbständige Gerechtigkeiten.

Allgemeines.

Wir haben schon oben gesehen, daß man richtiger Ansicht nach unter den Realgewerberechten zwei Arten zu begreifen hat: die selbständigen Gerechtigkeiten und die radizierten. Um feststellen zu können, ob es überhaupt Apothekenprivilegien gibt, die selbständige Gerechtigkeiten sind, haben wir zu prüfen, welche Begriffsmerkmale das Gesetz für eine selbständige Gerechtigkeit aufstellt und weiterhin, ob diese Begriffsmerkmale sich bei Apothekenprivilegien finden. Um die Begriffsmerkmale gesetzlich fixiert zu finden, müssen wir schon weit zurückgehen. Das BGB. definiert die selbständige Gerechtigkeit nicht, da alle die Gebiete, auf denen selbständige Gerechtigkeiten vorkommen, im EG. BGB. dem Landesrecht vorbehalten sind. Das ALR. berührt zwar den Begriff der selbständigen Gerechtigkeit, bestimmt ihn aber nicht erschöpfend, sondern setzt ihn als schon bestehend und bekannt voraus. Es bestimmt nur in § 395, I, 20: „Dagegen müssen Gerechtigkeiten, die für sich selbst bestehen, und auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt werden können, in dem

Hypothekenbuch in besondere Tabellen eingetragen werden.“ Die wirklich vollständige Begriffsbestimmung der selbständigen Gerechtigkeit enthält erst § 14, I Hyp. O., der besagt, „Ebenso sind Gerechtigkeiten, welche nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen, einen eigenen bestimmten Wert haben, auch ohne den Besitz eines bestimmten Grundstücks ausgeübt, folglich auch für sich allein veräußert und verpfändet werden können, unter besondere Nummern im Hypothekenbuche einzutragen.“ Das Wesen der selbständigen Gerechtigkeiten besteht also darin, daß sie in subjektiver Beziehung nicht an ein Grundstück und, was aus der Veräußerlichkeit hervorgeht, nicht an eine bestimmte Person gebunden sind, sondern unabhängig von allen solchen subjektiven Beziehungen eine selbständige Existenz für sich führen.[1]) Fallen nun die vererblichen und veräußerlichen Apothekerprivilegien unter diese Kategorie? Unrichtig ist die Ansicht Lewinskys S. 26, daß alle vor 1810 enstandenen vererblichen und veräußerlichen Apothekenprivilegien selbständige Gerechtigkeiten seien. Denn ein großer Teil von ihnen ist unbestreitbar radiziert, d. h. an ein bestimmtes Grundstück gebunden, teilt also die Schicksale des Grundstücks. Es fehlt ihnen folglich ein wesentliches Begriffsmerkmal der selbständigen Gerechtigkeit. Aber das ist nur bei einem Teile der Fall, die nicht radizierten Apothekenprivilegien entsprechen allen Erfordernissen der selbstständigen Gerechtigkeit: Sie gehören keinem bestimmten Grundstück an, können veräußert und verpfändet werden, und haben deshalb auch einen eigenen bestimmten Wert. Bemerkt sei hier gleich, daß Lewinsky diese Unterscheidung zwischen selbständigem und radiziertem Apothekenprivileg nicht macht. Daher seine Ansicht, alle Realapothekenprivilegien seien selbständige Gerechtigkeiten. Auch seine Auffassung von dem Rechtsverhältnis zwischen Apothekenprivileg und Apothekengrundstück beruht hierauf. So führt er (S. 28) zunächst richtig aus, daß ein s e l b s t ä n d i g e s Apothekenprivileg Bestandteil eines Grundstücks sein könne. In unmittelbaren Zusammenhang bezeichnet er aber d i e s Privileg als Recht im Sinne des § 96 BGB., also als radiziertes Privileg. Nur daher kommt m. E. auch seine Ansicht, daß jedes ungebuchte Privileg, wenn dessen Inhaber Eigentümer des Apothekergrundstücks sei, Bestandteil dieses Grundstücks sei, während dies doch nur bei den radizierten Privilegien zutrifft. Weiterhin bringt dies mit sich, daß er bei der Zwangsvollstreckung zu abwegigen Ergebnissen kommt. Auch wo im folgenden Lewinsky

---

[1]) RGZ. 57, 32, KG. in Johow 7 S. 86; 34 A. 218.

als abweichend zitiert ist, erklärt sich das meist unschwer aus seiner eben geschilderten Auffassung.

Schon von altersher sind die selbständigen Gerechtigkeiten wegen ihrer Selbständigkeit gleich den Immobilien behandelt und dem Immobiliarrecht unterworfen worden. Schon ein Erlaß vom 4. Juli 1771 ordnete an, daß wegen dieser Immobiliarqualität ein besonderes Hypothekenbuch für sie angelegt und sie dort eingetragen werden sollten. Die Apothekenprilegien werden ausdrücklich dabei genannt. Ebenso bestimmte der schon zitierte § 14, I Hyp. O., daß die selbständigen Gerechtigkeiten unter besonderen Nummern im Hypothekenbuch einzutragen seien, und § 15 ebenda, „wenn in einem Orte mehrere dergleichen Gerechtigkeiten vorkommen — die Apothekenprivilegien werden wieder ausdrücklich erwähnt —, so muß darüber ein eigenes Hypothekenbuch unter besonders fortlaufenden Nummern angelegt werden.“ Das ALR. bestimmte zwar in § 9, I, 2, daß ein Recht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur haben sollte, wenn sie ihm durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt sei.[1]) Tatsächlich hat freilich das ALR. an diesem Prinzipe nicht streng festgehalten, denn nur für die Bergwerke und Kuxe des älteren Rechts ist im § 253, II, 16 eine solche ausdrückliche Bestimmung getroffen; auch ist es bei dem kodifikatorischen Charakter des ALR. nicht unbedenklich, anzunehmen, es habe für die selbstständigen Gerechtigkeiten an den oben erwähnten Erlaß vom 4. Juni 1771 gedacht. §§ 14, 15 I Hyp. O. scheiden schon deshalb aus, weil darin ebenfalls nicht ausdrücklich den selbstständigen Gerechtigkeiten die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt ist. Andererseits geht auch wieder aus § 395 ALR., I, 20, in dem angeordnet wird, daß selbständige Gerechtigkeiten in das Hypothekenbuch in besondere Tabellen eingetragen werden sollen, hervor, daß das ALR. diese als Immobilien ansah. Man wird daher anzunehmen haben, daß hier eine Ungenauigkeit des Gesetzgebers vorliegt und das ALR. den selbstständigen Gerechtigkeiten den Immobiliarcharakter gelassen hat. So auch im Grunde genommen RGZ. 57, 32: „Hält man die Heranziehung des § 9 ALR., I, 2 noch für nötig, so läßt sich der Allerhöchste Erlaß von 1771 sogar dahin auffassen, daß dadurch ihnen ausdrücklich die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt sei.“ Ferner RG. vom 9. 1. 1911 im Recht 1911 S. 205: „Selbständige eintragungsfähige Apothekengerechtig-

[1]) Vgl. zu dem folgenden Turnau Bd. 1 S. 30 ff.; KG. in Johow 39, B. 94. RGZ. 57, 32 und 74, 319.

keiten haben die Eigenschaft von Immobilien." Vgl. auch Erlaß vom 18. Februar 1825, „Apothekenprivilegia, die nach § 14, I Hyp. O. ins Hypothekenbuch eingetragen werden können, müssen wie eine Immobile angesehen, und als solche versteuert werden." Dennoch hatte die Regelung im ALR. zur Folge, daß lange Zeit Ungewißheit herrschte, und obgleich die Anlage der Grundbücher für die selbständigen Gerechtigkeiten von Amts wegen hätte erfolgen sollen, man mit der Anlegung doch sehr sparsam vorging. Dies ging soweit, daß man bei Einführung der Preußischen Hypothekengesetzgebung in neuerworbenen Gebietsteilen Westfalens usw. die Anlegung von Grundbuchblättern für selbständige Gerechtigkeiten ausdrücklich ausnahm. (cf. Verordnung vom 31. März 1834, § 3.) Erhielt so eine selbständige Gerechtigkeit kein Blatt, so ging ihr deshalb der Immobiliarcharakter nicht verloren, denn die Anlegung des Blattes war ja nur eine Folge, nicht die Voraussetzung des Immobiliarcharakters. Vgl. auch die eben angeführten RG. Recht 1911 S. 405 und Erlaß vom 18. Febr. 1825. Eine solche ungebuchte Gerechtigkeit wurde nach Liegenschaftsrecht übertragen, durch titulus und modus, nicht durch Abtretung. Die Anlegung eines Blattes war dazu nicht nötig, da in bezug auf die Übertragung das Hypothekenbuch nur deklaratorische Bedeutung hatte und also der Eigentumsübergang sich außerhalb des Hypothekenbuchs abspielte. Nur zur Verpfändung hätte es der Anlegung eines Grundbuchblattes bedurft.[1]) Die neue Grundbuchgesetzgebung änderte zunächst an diesem Rechtszustand nichts. § 69 EEG. bestimmte nur, daß die Veräußerung und Belastung sowie der Erwerb des Eigentums an selbständigen Gerechtigkeiten sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes, also des EEG., beurteilen solle, wenn für die Gerechtigkeiten Grundbuchblätter eingerichtet seien, und nach § 3 alter GrBO. sollten dann auch die Vorschriften dieses Gesetzes über Grundstücke auf solche Gerechtigkeiten Anwendung finden. Weiter bestimmt jedoch § 134 alter GrBO. „Die Anlegung eines Grundbuchblattes erfolgt nur auf Antrag." Der Berechtigte hatte es daher in der Hand, durch Anlegung eines Blattes seine Berechtigung nach den Vorschriften des EEG. und der GrBO. behandeln zu lassen. Die ungebuchten selbständigen Gerechtigkeiten hatten durch diese Gesetze ihren Immobiliarcharakter nicht verloren, nur fanden die Vorschriften des EEG. auf sie keine Anwendung. Ihre Veräußerung usw. richtete sich daher nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze, und zwar nach denen

---

[1]) Förster-Eccius Bd. 3 § 192a, S. 485.

des Liegenschaftsrechts. Beim Inkrafttreten der Gesetze vom 5. Mai 1872 war es zweifelhaft, ob nur die damals schon bestehenden Grundbuchblätter für solche Gerechtigkeiten beibehalten werden sollten, oder ob auch für die bisher nicht gebuchten selbständigen Gerechtigkeiten neue Grundbuchblätter angelegt werden dürften. Die h. M. und die Praxis entschied sich für das letztere.[1]) Wie wir schon oben gesehen haben, überläßt das EG. BGB. die selbständigen Gerechtigkeiten der Regelung durch Landesrecht. Dieses hätte daher an und für sich alles beim alten lassen können, jedoch das preußische AG. BGB. suchte das bestehende Landesrecht dem Reichsrecht anzupassen; daher bestimmte es in Art. 40, die Vorschriften des BGB. über Grundstücke sollen Anwendung finden, wenn die Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt erhalten hat. Wohl verstanden, die Paragraphen lassen, wenn ein Blatt angelegt wird, die Vorschriften des BGB. für Grundstücke Anwendung finden.[2]) Sie bedeuten für sich genommen nicht, daß eine Gerechtigkeit nur durch Buchung Immobiliarcharakter erhält. Wie wir gesehen haben, hatten nach früherem Recht die selbständigen Gerechtigkeiten Immobiliarcharakter und durch die eben angeführten Paragraphen ist ihnen dies nicht genommen.[3]) An und für sich würden daher die Vorschriften des ALR. über Immobilien Anwendung finden. Aber der Immobiliarcharakter ist den ungebuchten Gerechtigkeiten genommen durch Art. 89 AG. BGB., der alle Vorschriften des ALR. außer einigen besonderen Vorschriften aufhebt. Der § 9 ALR. I, 2, der bestimmte, daß auch Rechte Immobilien sein könnten, ist nicht besonders als fortbestehend erwähnt und somit aufgehoben. Damit ist also für das Geltungsgebiet des ALR. ausgesprochen, daß künftig nur gebuchte Rechte Immobiliarcharakter haben und die nicht gebuchten Gerechtigkeiten nach den Vorschriften des BGB. über Rechte zu behandeln sind. Dies beachten das KG. und Güthe nicht.

Für die übrigen Teile Preußens, namentlich die gemeinrechtlichen Teile ist eine solche Bestimmung nicht ergangen. Wenn daher in diesen Gebieten auch die ungebuchten selbständigen Gerechtigkeiten wie Immobilien behandelt wurden, so würde auch heute noch dort für sie das alte Immobiliarrecht gelten. In Kurhessen war dies jedoch nicht der Fall. § 1 der Kontrakten-

[1]) Turnau Bd. 1 S. 30.

[2]) Dies beachtet das RGZ. 74, 319 nicht, ferner Gierke II, § 142 S. 622; Crusen-Müller S. 351; Lewinsky S. 42.

[3]) So mit Recht KG. in Johow 39 B. 94; Güthe Bd. 2 S. 1382 Anm. 53.

ordnung von 1732, die den Anfang der Kurhessischen Grundbuchgesetzgebung bildete, lautet: „Wir verordnen, daß von nun an die über unbewegliche in unseren Landesteilen gelegene Güter, Zehnten und iura realia fürgehenden Tausch- und Kaufhandlungen der Obrigkeit angezeigt . . . und von ihr beurkundet werden.“ § 8: „Alle Beamte und Stadtobrigkeiten sollen besondere Bücher halten, und darin für jeden Einwohner ihres Amtes usw. ein ganzes Blatt, oder wenigstens eine Seite von einem Blatt dergestalt widmen, daß der Name obenan und wenn derselbe etwas von seinen liegenden Gründen verkauft, . . . das negotium mit kurzer Vermeldung seines Jahres und Tags, welcher Gestalt und an wen, ... allemal darunter gesetzt werden.“ Die Verordnung vom 17. Juni 1828, die bis zur Einführung des EEG. galt, besagt ferner in § 1: „Bei allen unter Lebenden stattfindenden freiwilligen Veräußerungen von Grundstücken nebst den als deren Zubehör geltenden Sachen und Gerechtsamen . . . soll das Eigentum erst mit der gerichtlichen Bestätigung des Vertrags übergegangen erachtet werden, von und bei welcher Bestätigung alle gesetzlichen Erfordernisse der Kontraktenordnung vom 9. 1. 1732 und der späteren einschlägigen Vorschriften, soweit sie nicht durch gegenwärtige Verordnung eine Änderung erleiden, auch ferner wahrzunehmen sind, und ohne daß außer dieser Betätigung noch irgend eine Tradition des Grundstücks . . . zum Übergang des Eigentums auf den Erwerber wirksam seien.“ § 2 bestimmt dann Ähnliches für die durch Erbschaft erworbenen Immobilien, und § 3 besagt, „die in den §§ 1 und 2 gedachten Erwerbungen von Grundeigentum . . . sollen durch die Gerichtsbehörden in das General-Währschafts- und Hypothekenbuch eingetragen werden.“ Es fielen also nur die subjektiv-dinglichen Gerechtigkeiten unter jene Gesetze. cf. auch Übersicht der über das Währschafts- und Hypothekenwesen vorhandenen Vorschriften in der neuen Sammlung der Landesordnungen Bd. 1 S. 313. Trotzdem hat die Kurhessische Praxis auf Wunsch der Berechtigten auch selbständige Gerechtigkeiten in entsprechender Anwendung jener Vorschriften gebucht. Die nichtgebuchten sind aber stets nach den Vorschriften über Rechte behandelt worden.

Art. 3 der Verordnung vom 13. Nov. 1899 bestimmte, daß die für selbständige Gerechtigkeiten angelegten Grundbuchblätter als solche des neuen Rechts gelten sollen. Für die noch nicht gebuchten heißt es im AG. GrBO. Art. 27 Abs. 2: „Für andere selbständige Gerechtigkeiten wird ein Grundbuchblatt nur auf Antrag der Berechtigten angelegt, soweit sich nicht aus den

für die Anlegung des Grundbuchs geltenden Vorschriften ein Anderes ergibt." Solche abweichende Vorschriften existieren für Frankfurt, und die früher Großherzoglich-Hessischen und Landgräflich-Hessischen Gebietsteile von Hessen-Nassau. (§ 25, 26 Ges. v. 19. Aug. 1895) und für das vormalige Herzogtum Nassau. (Verordnung v. 11. Dez. 1899 Art. 2.) In diesen Gebieten haben wir es also nur mit gebuchten selbständigen Apothekengerechtigkeiten zu tun. In den anderen Gebieten Preußens haben wir jedoch auch noch ungebuchte selbständige Gerechtigkeiten, da einmal, wie wir gesehen haben, vor 1872 trotz des Grundsatzes der Buchung von Amts wegen wegen der zweifelhaften Auslegung des ALR. dieser Grundsatz nicht strikt durchgeführt war, seit 1872 die Buchung nur auf Antrag geschah, weiterhin aber aus den damaligen Grundbuchgesetzen auch der nach 1900 noch geltende Grundsatz folgt, daß auf Antrag der Berechtigten das Grundbuchblatt wieder geschlossen werden kann.

---

§ 12.

Gebuchte selbständige Gerechtigkeiten.

Wir wollen daher zuerst die Rechtsverhältnisse der gebuchten selbständigen Gerechtigkeiten untersuchen. Zunächst haben wir die Vorfrage zu erörtern, wann ein Grundbuchblatt für eine selbständige Gerechtigkeit als angelegt gilt. Wir müssen dabei von den Grundstücken ausgehen. Die Anlegung kann auf verschiedene Weise erfolgen, das einfachste: das Grundstück erhält für sich allein ein Blatt. § 3 GrBO. Doch können auch mehrere Grundstücke desselben Eigentümers, die im Bezirke desselben Grundbuchamts liegen, wenn davon keine Verwirrung zu besorgen ist, ein gemeinsames Grundbuchblatt erhalten. Die Grundstücke werden dann im Bestandsverzeichnisse I unter besondere Nummern eingetragen. (§ 4 GrBO.). In eine sachliche Beziehung kommen die Grundstücke dadurch nicht. Bei einer selbstständigen Gerechtigkeit muß der Berechtigte neben dem Antrag, der, wie wir gesehen haben, nicht überall erforderlich ist, vor allem das Bestehen der selbständigen Gerechtigkeit nachweisen.[1]) Insofern ist also das Anlegungsverfahren auch in den Gebieten, wo die Buchung von Amts wegen erfolgt, anders als wie bei Grundstücken. Dort ist eben das Bestehen durch die Natur

---

[1]) cf. darüber Johow KG. 34 A. 218.

nachgewiesen, während die selbständigen Gerechtigkeiten nur durch Rechtssatz entstanden sind.

Daß die selbständigen Gerechtigkeiten vererbt und veräußert, ge- und verpfändet werden können, haben wir schon festgestellt. Hier haben wir noch zu untersuchen, wie dies geschieht. Art. 40 AG. BGB. bestimmt, daß für eine gebuchte selbständige Gerechtigkeit, die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. gelten, und unter der gleichen Voraussetzung sollen auch die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Die Vorschriften des BGB. über Grundstücke schlechthin finden Anwendung, nicht nur die sachenrechtlichen. So bedarf z. B. der Vertrag, durch den sich jemand zur Übertragung des Eigentums an einer gebuchten selbständigen Gerechtigkeit verpflichtet, der Form des § 313 BGB. Und weiterhin auch die Vorschriften, die sich auf Sachen im Gegensatz zu Rechten beziehen, finden Anwendung. So gelten die Vorschrift über Pfandrecht an Sachen, nicht an Rechten. Andererseits aber finden nur die im BGB. selbst und in dem EG. BGB. enthaltenen Vorschriften über Grundstücke Anwendung, aber nicht ohne weiteres die in anderen Gesetzen über Grundstücke enthaltenen Vorschriften.[1]) Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 40 EG. BGB. und bestätigt wird diese Ansicht, daß in anderen Gesetzen, die Vorschriften über Grundstücke enthalten, wenn diese auch für selbständige Gerechtigkeiten gelten sollen, dies immer ausdrücklich gesagt ist. cf. ZPO. § 864, 870 Abs. 1, 932, AG. GrBO. Art. 20 und 22. Die Beispiele ließen sich noch beliebig vermehren. Eine Folge davon ist, daß in Gesetzen, wo dies nicht ausdrücklich angeordnet ist, die Vorschriften über Grundstücke nicht Anwendung finden. Daher kann auch v. Kayser nicht beigestimmt werden, der in einem Aufsatz in der DJZ. 03 S. 27 die Enteignung von Apotheken auf Grund des Enteignungsgesetzes vom 11. Juli 1874 für möglich hält, denn dort ist nur von Grundstücken die Rede, und eine Bestimmung, die die Vorschriften auch für selbständige Gerechtigkeiten für anwendbar erklärte, existiert nicht.[2])

---

[1]) Stranz-Gerhard S. 250; Staudinger Bd. 3 zu § 1017; Fuchs Bem. 3b. zu § 1017; a. M. Planck Bem. 1 zu § 1017; Biermann zu § 1017. Turnau-Förster zu § 1017 ist in Wirklichkeit der ersteren Ansicht.

[2]) So im Ergebnis auch Lewinsky S. 22. Nur tritt bei ihm nicht hervor, ob er sich der Bedeutung des Art. 40 AG. BGB. (nur Anwendung des Liegenschaftsrechts des BGB.) bewußt ist. Denn mit der Feststellung, daß die Apothekenprivilegien kein Grundeigentum seien, wird v. Kayser nicht widerlegt.

Nachdem wir so die Bedeutung des Art. 40 AG. BGB. klar gelegt haben, gehen wir dazu über, im einzelnen die Vorschriften zu betrachten, die er auf selbständige Gerechtigkeiten für anwendbar erklärt hat.

Die gebuchte selbständige Gerechtigkeit wird übertragen durch Auflassung und Eintragung. Und zwar muß die Auflassung nach Art. 28 AG. GrBO., § 20 GBO. vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Sie wird verpfändet durch Eintragung einer Hypothek. Die Pfändung geschieht nach ZPO. durch Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung, Eintragung einer Sicherungshypothek. Dagegen ergreift eine Zwangsverwaltung der Grundstücke, auf denen die Apotheke betrieben wird, das selbständige Apothekenprivileg nicht. Die Einkünfte fallen also nicht in die Zwangsverwaltungsmasse. Das Apothekenprivileg kann ferner mit einem Grundstück vereinigt werden. Dies wird zwar von Güthe (S. 105 zu § 5 GrBO.) bestritten, da es sich um zwei verschiedene Gegenstände handele, deren Zusammenfassung zu einer höheren Einheit sich von selbst verbiete, aber die Zusammenschreibung hat ja nur Bedeutung für die grundbuchliche Behandlung und das Pfandrecht.[1]) Mangels einer gesetzlichen Bestimmung, die es verbietet, wird man also die Zusammenschreibung für zulässig erachten müssen. Die Möglichkeit, das selbständige Apothekenprivileg einem Grundstück als Bestandteil zuzuschreiben und umgekehrt, wird überall anerkannt. Besonders die Zuschreibung des Apothekenprivilegs zu einem Grundstück ist viel behandelt und in ihren Wirkungen oft verkannt worden. Die Wirkung ist hauptsächlich die, daß das Privileg auch für die alten Hypotheken des Grundstücks mithaftet. Dagegen hat die Zuschreibung nicht die Wirkung, daß nun die selbständige Gerechtigkeit zu einer subjektiv dinglichen würde.[2]) Bei Apothekengerechtigkeiten würde ein solches Ergebnis schon deshalb ausgeschlossen sein, weil sie auf Verleihung des Staates beruhen und Änderungen ihres Inhalts nur durch seinen Willen und nicht durch einseitige Rechtshandlung privater Personen erfolgen können. Aber ganz allgemein wird die subjektiv-persönliche Gerechtigkeit nicht durch Zuschreibung zu einem Grundstück zu einer subjektiv-dinglichen Gerechtigkeit. Die selbständige Gerechtigkeit bleibt vielmehr eine selbständige Gerechtigkeit, auch wenn sie einem Grund-

---

[1]) Wie hier Stranz-Gerhard S. 250.

[2]) a. M. die frühere Praxis des OVG. cf. 43, 49 und 54, 24. Wie hier jetzt aber OVG. vom 6. Juni 1910 in A. Ztg. 1910 Nr. 88 S. 864, ferner BA. Schleswig v. 24. Nov. 1909 in A. Ztg. 1910 Nr. 87 S. 851 und OVG. vom 30. März 1911 bei Lewinsky S. 35.

stück als Bestandteil zugeschrieben wird.[1]) Sie kann jederzeit wieder getrennt werden und ein selbständiges Blatt bekommen. Sie wird zugeschrieben als Immobilie zu einer Immobilie, nicht als Recht, das dem Eigentümer eines Grundstücks zusteht. Es kann keine andere Folgen haben als der umgekehrte Fall, nämlich wenn ein Grundstück einer selbständigen Gerechtigkeit zugeschrieben wird. Soll ein subjektiv-dingliches Recht ins Grundbuch aufgenommen werden, so wird es in Abteilung II des Bestandsverzeichnisses gebucht, und diese Buchung begründet nicht die Bestandsteilseigenschaft des Rechtes, sondern dient nur zu ihrer Verlautbarung.[2]) Auf ein subjektiv-dingliches Recht erstrecken sich Hypotheken auch ohne Buchung, auf eine selbständige Gerechtigkeit nur dann, wenn sie dem Grundstück als Bestandteil zugeschrieben ist. Außer diesen, ich möchte sagen, formellen Erwägungen zeigt noch ein anderer Gesichtspunkt die Unrichtigkeit der Gegenmeinung. Eine subjektiv-dingliche Gewerbegerechtigkeit kann, wenigstens solange die Zusammengehörigkeit besteht, nur auf dem Grundstück ausgeübt werden, dem sie anhängt. Nun mag ja auch bei einer selbständigen Gerechtigkeit der häufigste Fall der sein, daß sie dem Grundstück, auf dem sie ausgeübt wird, zugeschrieben wird. Aber ebenso gut kann eine selbständige Gerechtigkeit einem ganz anderen Grundstück zugeschrieben werden, wenn nur Gerechtigkeit und Grundstück demselben Eigentümer gehören. Dabei kann die Gerechtigkeit ruhig in dem früheren Hause, das ja nicht einmal demselben Eigentümer zu gehören braucht, weiter ausgeübt werden. Wenn dies aber möglich ist, dann leuchtet doch ein, daß die selbständige Gerechtigkeit nicht zu einer subjektiv-dinglichen geworden, also radiziert ist. Durchschlagend spricht auch noch ein anderes Beispiel für die hier vertretene Ansicht. Die einzige selbständige Gerechtigkeit des BGB., das Erbbaurecht, kann nur als eine solche bestellt werden. Dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks kann ein Erbbaurecht nicht bestellt werden, wie allgemein anerkannt ist. Aber trotzdem wird überall zugelassen, daß das Erbbaurecht einem Grundstück als Bestandteil zugeschrieben wird.[3]) Und trotzdem bleibt das Erbbaurecht eine selbständige Gerechtigkeit. Daher muß unbedingt daran festgehalten werden, daß die Zuschreibung einer selbständigen Gerechtigkeit, insbesondere eines Apothekenprivilegs, zu einem Grundstück nur für die grundbuchliche Behandlung und

---

[1]) cf. Turnau I S. 31. cf. auch S. 46 über die Auslegung des § 30 EGG.

[2]) cf. RG. in JW. 1900 S. 187, 195. OLGE. 7, 190; Güthe 2, S. 1379; OVG. 8, 272.

[3]) cf. Staudinger Bd. 3 S. 447 zu § 1017.

die Pfandhaftung Bedeutung hat, und das Wesen der selbständigen Gerechtigkeit nicht berührt wird.[1]) So sagt auch Staudinger S. 447 zu § 1017 für das Erbbaurecht, dieses könne zum Bestandteil eines Grundstücks im Sinne des § 890 gemacht werden.

Daraus folgt vor allem, daß jederzeit auf Antrag des Eigentümers Grundstück und Gerechtigkeit wieder auseinander gebucht werden müssen, natürlich unter Fortdauer der Belastung, und es daher möglich ist, Grundstück und Apothekenprivileg unabhängig voneinander zu belasten. Wir werden nachher sehen, daß dies bei einem subjektiv-dinglichen Apothekenprivileg nicht möglich ist. Nach dem hier vertretenen Standpunkt hat daher auch die Frage keine große Bedeutung, ob eine nach preußischem Recht vor 1900 einem Grundstück als Zubehör zugeschriebene selbständige Gerechtigkeit infolge der neuen Gesetzgebung Bestandteil des Grundstücks geworden ist,[2]) oder Grundstück und Gerechtigkeit nach Aufhörung der Zubehöreigenschaft selbständig geworden sind.[3]) Aus dem Grundsatz, daß auf die selbständigen Gerechtigkeiten, die gebucht sind, die Vorschriften des BGB. über Grundstücke anwendbar sind, folgt ferner, daß auch die Vorschriften der §§ 891, 892 BGB. gelten. Zwar nicht in dem Sinne, daß dann die Vermutung für das Bestehen der Gerechtigkeit spräche,[4]) das ist nicht Aufgabe des Grundbuchs. — Es wird zwar ein Grundbuchblatt für eine selbständige Gerechtigkeit nicht früher angelegt, als bis dem Richter das Bestehen der Gerechtigkeit nachgewiesen ist. Aber das hat keine bindende Wirkung für die Beteiligten. Freilich kann die Tatsache der Anlegung eines Blattes als Beweismittel in Betracht kommen. — Es wird aber vermutet, daß der im Grundbuch verzeichnete Inhaber auch Inhaber der bestehenden Gerechtigkeit ist. Ebenso ist es möglich, daß jemand von einem, der im Grundbuch als Inhaber des Apothekenprivilegs eingetragen steht, was er in Wirklichkeit aber nicht ist, nach § 892 BGB. einen gutgläubigen Erwerb machen kann.

---

[1]) BA. Schleswig a. a. O.

[2]) KG. in OLGR. 14 S. 270 sowie die frühere Praxis des OVG.

[3]) Vgl. Zusammenstellung der Schriftsteller im vorigen Urteil und OVG. 57, 122. cf. auch OVG. v. 30. 3. 1911 bei Lewinsky S. 35; OVG. v. 6. 6. 1910 in A. Ztg. 1910 Nr. 88 S. 864; Turnau-Förster Bd. 1 S. 778.

[4]) RG. Bolze 2, Nr. 132; RGE. 57, 32; Turnau S. 826.

§ 13.

Nicht gebuchte selbständige Gerechtigkeiten.

Die nicht gebuchte selbständige Gerechtigkeit ist, wie wir gesehen haben, nach den Vorschriften über Rechte zu behandeln. Daher erfolgt ihre Übertragung durch Abtretungsvertrag; ihre Pfändung erfolgt nach § 857 ZPO. durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts, der Inhaber habe sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten. Die Pfändung ist als bewirkt anzusehen, wenn der Beschluß dem Inhaber des Apothekenprivilegs zugestellt ist. Die Verwertung erfolgt durch Veräußerung, evtl. auch Verwaltung. § 857 ZPO. Die Verpfändung erfolgt nach BGB. § 1274 ebenfalls durch bloßen Vertrag, die Befriedigung des Pfandgläubigers nach § 1277 BGB. nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften. Das selbständige Apothekenprivileg braucht nicht, wie das Erbbaurecht, ein Grundbuchblatt zu erhalten, wenn eine Zwangsvollstreckung stattfinden soll,[1] denn für die anderen selbständigen Gerechtigkeiten findet das ZVG. nur Anwendung, wenn ein Grundbuchblatt angelegt ist, die Vorschrift § 7 GrBO. fehlt hier. Da man nun einem ungebuchten Apothekenprivileg nicht ansehen kann, ob es verpfändet oder gepfändet ist, ein lastenfreier gutgläubiger Erwerb bei einem Recht aber nicht stattfindet, so wird ein vorsichtiger Erwerber immer gut tun, die Anlegung eines Grundbuchblattes in dem Erwerbsvertrag zur Bedingung zu machen. Meldet sich in dem Aufgebotsverfahren ein Pfandgläubiger nicht und wird daraufhin für das Apothekenprivileg ein lastenfreies Grundbuchblatt angelegt, so kann der Erwerber nach § 892 einen gutgläubigen Erwerb machen, wodurch ein bestehendes Pfandrecht erlischt.

Im übrigen gelten aber für das ungebuchte selbständige Apothekenprivileg genau dieselben Regeln wie für das gebuchte. Insbesondere ist das ungebuchte selbständige Apothekenprivileg nie Bestandteil des Grundstücks, auf dem es betrieben wird.[2] Eine Zwangsverwaltung des Grundstücks ergreift daher das Apothekenprivileg nicht, mag auch der Inhaber zugleich Eigentümer des Hauses sein, und der Zuschlag bei der Zwangsversteigerung des Hauses überträgt das Apothekenprivileg nicht auf den Ersteher.

[1] So für das Erbbaurecht RG. in RJA. 5, 203.

[2] Die abweichende Ansicht Lewinskys S. 43 ist unrichtig; sie trifft nur bei den radizierten Privilegien zu.

§ 14.

Radizierte Gerechtigkeiten.

Allgemeines.

Da die selbständige Gerechtigkeit nicht an ein bestimmtes Haus geknüpft ist, so kann sie in jedem Hause ausgeübt werden, das den besonderen Erfordernissen dieses Gewerbes entspricht. Nur die eine Begrenzung ist zu machen, daß dies Haus innerhalb des betreffenden Ortes gelegen sein muß, für den die selbständige Gerechtigkeit verliehen ist.[1]) Bei Apothekengerechtigkeiten hat sich allerdings der Staat zu jeder Verlegung einer Apotheke, auch die auf Grund einer selbständigen Gerechtigkeit betrieben wird, die Genehmigung vorbehalten. Für das Gebiet der RevAO. folgt dies aus ihrem § 6 (cf. Erl. v. 22. Nov. 1854), für Kurhessen sagt § 263 Med.-O., daß keine Apotheke ohne Bewilligung der Regierung an einen anderen Ort oder in ein anderes Haus verlegt werden dürfe. Durch diese Vorschriften stehen daher die selbständigen Apothekenprivilegien in Beziehung auf die Beweglichkeit nicht günstiger als die radizierten. Im übrigen liegen die Verhältnisse bei den radizierten Privilegien anders. Hier ist dem Eigentümer eines Grundstücks als solchem das Privileg verliehen worden, auf diesem Grundstück eine Apotheke zu betreiben. Der Berechtigte ist also der jeweilige Eigentümer des Grundstücks (subjektiv-dingliche Gerechtigkeit). Eine wichtige Frage ist, in welchen Fällen eine solche Radizierung anzunehmen ist. Daraus, daß ein vererbliches und veräußerliches Apothekenprivileg stets zusammen mit dem Grundstück, auf dem es betrieben wird, auf den Erwerber übergegangen ist, läßt sich allein ein solcher Schluß nicht ziehen. Denn der Grund dafür kann auch der sein, daß sich das Haus besonders für den Apothekenbetrieb eignete. In solchen Fällen kann aber immerhin eine selbständige Gerechtigkeit vorliegen. Es muß vielmehr in der Verleihungsurkunde zum Ausdruck kommen, daß dem Apotheker die Gerechtigkeit gerade für ein bestimmtes Haus oder Grundstück verliehen worden ist. Ergibt sich das nicht, so muß die Gerechtigkeit als selbständige angesehen werden.[2]) Ist allerdings eine Verleihungsurkunde nicht mehr vorhanden, so kann die Tatsache, daß die Apotheke stets in dem betreffenden Haus betrieben worden und stets mit dem Haus auf den Neuerwerber übergegangen ist, zusammen mit der grundbuchlichen Behandlung als radiziertes Recht

[1]) cf. Bayr. Ob. LG. in Seuff. Bl. f. RA. 57, 278.

[2]) cf. OAG. Jena v. 7. Juni 1850 in Seuff. A. 4 S. 13; LG. Cassel in Kurhess. Mitteilungen Bd. 1 S. 200.

ein Indiz dafür sein, daß damals das Privileg als ein radiziertes verliehen ist. In bezug auf das öffentliche Gewerberecht gelten genau dieselben Vorschriften für selbständige und radizierte Gerechtigkeiten. Für die zivilrechtliche Behandlung ergeben sich allerdings wichtige Unterschiede.

Beim radizierten Privileg ist der Berechtigte der jeweilige Eigentümer des Grundstücks. Daher ist das Privileg nach BGB. § 96 Bestandteil des Grundstücks. Seine Übertragung erfolgt durch Auflassung des Grundstücks; damit geht zugleich das Apothekenprivileg über. Die Verpfändung erfolgt durch Eintragung einer Hypothek auf dem Grundstück. Die Hypothek erstreckt sich mit auf das Apothekenprivileg. Eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück ergreift von selbst das Apothekenprivileg mit, auch eine Zwangsverwaltung. Mit Unrecht a. M. Schultzenstein ZZP. 33 S. 464. Auch Kretschmar S. 13, auf den er sich beruft, ist der hier vertretenen Ansicht. Der Zuschlag überträgt dem Ersteher zugleich das Apothekenprivileg.

Das radizierte Privileg kann im Grundbuch kein selbständiges Blatt erhalten, auch nicht, was dasselbe bedeutet, unter besonderer Nummer in Abt. I des Bestandsverzeichnisses eingetragen oder doch einem Grundstück im Bestandsverzeichnis zugeschrieben werden. Denn es ist keine selbständige Gerechtigkeit. Es kann aber in Abt. II des Bestandsverzeichnisses „vermerkt" werden. Zwar folgt die Zulässigkeit hierfür für Gewerbegerechtigkeiten nicht aus dem Reichsrecht, insbesondere § 8 GrBO.,[1] denn wenn es dort heißt: „Rechte, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen, sind auf Antrag auch auf dem Blatte dieses Grundstücks zu vermerken", so ergibt das klar, daß dieser § 8 GrBO. subjektiv-dingliche Rechte voraussetzt, die zugleich objektiv-dinglich sind, d. h. die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks gegen ein anderes Grundstück zustehen. Daraus folgt aber noch nicht, daß die subjektiv-dinglichen Gewerbegerechtigkeiten nicht dort vermerkt werden können. Denn da das BGB. nur subjektiv-dingliche Rechte kennt, die zugleich objektiv-dingliche sind, trifft die Grundbuchordnung auch nur Bestimmungen für solche. Nach EG. BGB. Art. 75 gilt aber für Realgewerberechte das Landesrecht, und in Preußen besteht keine Vorschrift, die den Vermerk in Abt. II des Bestandsverzeichnisses für solche Rechte verbietet; vielmehr spricht § 9 der Ausführungsverfügung vom 20. November 1899 ganz allgemein von subjektiv-dinglichen Rechten, für die die Abt. II des Bestandsverzeichnisses bestimmt ist. Da-

[1]) So richtig Enneccerus-Wolf S. 70.

her ist trotz § 8 GrBO. die Vermerkung der subjektiv-dinglichen Gewerbegerechtigkeiten zulässig.[1]) Notwendig ist aber ein solcher Vermerk, der nur deklaratorischen Charakter hat, nicht.[2])

§ 15.

Die Loslösung vom Grundstück.

Die Abtrennung kleinerer Teile des Grundstücks schadet dem subjektiv-dinglichen Privileg nichts. Es bleibt dann bei dem größeren Teil oder dem Teil, der für es wesentlich ist, während es für die abgetrennten Teile erlischt. Daher kann z. B. ein zum Apothekergrundstück gehörender Garten ruhig abgetrennt werden, ohne daß dadurch das Privileg beeinträchtigt würde. Dagegen muß man annehmen, daß bei völliger Zerstückelung des Grundstücks das radizierte Gewerberecht untergeht, denn dann ist eben das Grundstück als solches, für das es verliehen war, rechtlich nicht mehr vorhanden. cf. RGZ. 27, 147; a. M. Hinschius, Bd. 3 S. 70 für das Patronat; er will Kompatronat eintreten lassen. Für Gewerberechte dürfte diese Auffassung jedenfalls nicht haltbar sein.

Ein andere sehr wichtige Frage ist, ob subjektiv-dingliche Realgewerbeberechtigungen auf ein anderes Grundstück übertragen werden könen. Hierfür ist allgemein, nicht nur für das Apothekergewerbe, das Landesrecht maßgebend.[3]) Bei der Untersuchung dieser Frage ist zunächst davon auszugehen, ob sich dies schon aus der Natur des subjektiv-dinglichen Rechts heraus verbietet. Ganz allgemein läßt sich dies nicht beantworten, denn auf der einen Seite gibt es subjektiv-dingliche Rechte, die ihrem Wesen nach nur für das betreffende Grundstück bestehen und ohne dieses garnicht als bestehend gedacht werden können; eine Übertragung solcher Rechte auf andere Grundstücke würde sie deshalb zu einem anderen Rechte machen. Dahin gehört z. B. die Grundgerechtigkeit. Daher hat man auch allgemein die Übertragung einer Grundgerechtigkeit auf ein anderes Grundstück nicht für angängig gehalten. Stimmt der Eigentümer des verpflichteten Grundstücks zu, so ist es eben eine solche Wesensänderung des Rechtes, daß man es als Begründung eines neuen Rechts für den Eigentümer des anderen Grundstücks ansehen muß. cf. BGB. §§ 1103 und

[1]) KG. in OLGR. 7 S. 190; KG. in Johow 34, A. 218; Turnau-Förster zu § 8 GrBO. S. 69.

[2]) RG. JW. 1900 Nr. 35 S. 195.

[3]) Landmann S. 121 zu § 10 GewO.

1110, die als allgemeines Prinzip auch für Grunddienstbarkeiten gelten müssen.[1]) Für subjektiv-dingliche Gewerbegerechtigkeiten liegt die Sache anders. Sie sind nicht ein eigentliches Recht des Eigentums an diesem Grundstück, ein verselbständigter Splitter des Eigentums, wie man sich wohl auszudrücken pflegt, sondern etwas begrifflich vom Eigentum am Grundstück Unabhängiges. Die h. M. des gemeinen deutschen Privatrechts sah sie als unkörperliches Zubehör an. cf. Gierke, 2 S. 86. Auch das ALR. behandelte die radizierten Gewerberechte als Zubehör des Grundstücks, wie sich aus den §§ 68, 69, 71 ALR., I, 2 ergibt. Sie dienten zwar nicht immer blos dem wirtschaftlichen Zweck des Grundstücks, aber sie dienten doch einem mit dem Grundstück in Verbindung gesetzten Zweck. Die Radizierung war meist erfolgt in Zeiten, wo Grundbesitz Macht bedeutete. Sie waren als besonderes Recht mit dem Grundstück zu einem vermögensrechtlichen Ganzen verbunden worden. Aber sie sind nicht in dem Eigentum am Grundstück enthaltene Rechte. Ihr Bestand hat nicht gerade dies Grundstück zur Voraussetzung. Man kann es sich stets getrennt von diesem Grundstück vorstellen. Aus dem Wesen des Gewerberechts folgt also nicht, daß es von dem Grundstück, auf das es radiziert ist, nicht getrennt werden könne. Die h. M. des deutschen Privatrechts folgerte denn auch daraus, daß ein subjektiv-dingliches Gewerberecht nicht schlechthin von dem Grundstück untrennbar sei. Auch das preuß. Recht enthielt keine dahin gehende besondere Verbotsvorschrift. Durch das BGB. sind die subjektiv-dinglichen Rechte Bestandteil des Grundstücks geworden. Das hat aber an der Frage, ob sie davon trennbar sind, nichts geändert. § 96 sagt nichts davon, daß sie *wesentliche* Bestandteile wären.[2]) Es muß also grundsätzlich für zulässig erachtet werden, daß eine subjektiv-dingliche Gewerbegerechtigkeit von dem Grundstück, mit dem sie verbunden ist, auf ein anderes Grundstück übertragen wird. Das ist nur eine Veränderung, keine Neubegründung des Rechts. A. M. Conrad, Handw. Buch Bd. 7 S. 80; der von ihm für seine Auffassung zitierte Mittermair § 173a sagt das in Wirklichkeit nicht, er wendet sich nur gegen eine *einseitige* Abtrennung, wie Bd. 2 § 523 zeigt. Das ist sehr wichtig, denn einer Neubegründung stände § 10 GewO. und für die dem Landesrecht vorbehaltenen Gewerbe in Preußen das Gewerbesteueredikt vom 2. Nov. 1810 entgegen.

---

[1]) Enneccerus-Wolff S. 316 und 343.

[2]) Enneccerus I S. 231.

Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob der Inhaber der Berechtigung diese Übertragung einseitig vornehmen kann. Die h. M. war bisher, daß dies nur unter Mitwirkung der staatlichen Aufsichtsbehörde erfolgen könne. Man ging davon aus, daß die Realgewerbeberechtigung zwar in vermögensrechtlicher Beziehung privatrechtlicher Natur sind, da sie jederzeit an einen anderen, wenn auch die Radizierten nur mit dem Grundstück zusammen, veräußert werden können, kurz Gegenstand des Rechtsverkehrs sind. Ihrer Entstehung nach gehören sie aber dem öffentlichen Recht an, da der Staat sie unmittelbar oder mittelbar hat zur Entstehung kommen lassen. Den Umfang dieser Gewerbegerechtigkeit und ihre rechtliche Qualifizierung, dahin gehört die Verbindung mit einem bestimmten Grundstück, zu bestimmen, liegt daher nicht in der Hand ihres jeweiligen Eigentümers. Dies kommt nur dem Staate zu. Und wenn auch, wie wir gesehen haben, eine subjektiv-dingliche Gewerbegerechtigkeit ohne wesentliche Änderung ihres Inhalts auf ein anderes Grundstück übertragen werden kann, so hat doch der Staat, indem er die Berechtigung dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks verlieh, damit der Gerechtigkeit einen bestimmten Inhalt gegeben und unzweifelhaft seinem Willen Ausdruck gegeben, daß das Gewerbe auf diesem Grundstück betrieben werden soll. Eine Verlegung wäre immerhin eine Änderung. Daraus folgt, daß die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Grundstück nicht der freien Verfügung des Eigentümers unterliegt und eine Übertragung auf ein anderes Grundstück nur bei Mitwirkung des Staates erfolgen kann.[1]) Das RG. hat zwar in Bd. 67, 221 als herrschende Meinung des gemeinen deutschen Privatrechts hingestellt, daß Realgewerbeberechtigungen dann einseitig durch den Berechtigten von dem Grundstück abgetrennt und mit einem anderen verbunden werden können, wenn die Abtrennung keine wesentliche Veränderung zur Folge habe. Dies ist aber nicht richtig. Fast durchweg ist in der deutschrechtlichen Literatur ausdrücklich ausgesprochen, daß eine Transferierung nur mit Zustimmung der Regierung zulässig sei. Bei anderen ergibt der Zusammenhang, daß sie nur sagen wollten, eine Transferierung sei keine Neubegründung des Rechtes, daß sie aber Genehmigung der Regierung als selbstverständlich voraussetzen. Um zunächst die von RG. für seine Ansicht zitierten Schriftsteller durchzugehen, so sagt Stobbe Bd. 1 § 65 S. 634: „Die Frage ob Realrechte beliebig von der Sache getrennt oder auf andere Sachen übertragen oder

[1]) So bes. OVG. 7, 301.

zu Personalrechten gemacht werden können, läßt sich nicht allgemein beantworten. Unzweifelhaft ist sie zu verneinen für Prädialservituten[1]) und für die Realrechte öffentlich-rechtlichen Charakters, für die letztere, weil dazu Mitwirkung der Staatsgewalt erforderlich wäre." Stobbe wendet sich dann gegen die Auffassung Schmids, der Staat dürfe die Genehmigung nicht verweigern, wenn die öffentlichen Interessen nicht verletzt würden.

Gierke Bd. 2 S. 86: „Das Realrecht ist ferner nicht durchweg vom Grundstück trennbar." Er führt als Beispiel dafür an ALR. II, 16 § 118 (Erbkur), BGB. §§ 1103, 1110. Das sind also Fälle, wo das Realrecht kraft positiver Gesetzesbestimmung überhaupt nicht vom Grundstück trennbar ist. Gierke fährt dann fort: „Allein in manchen Fällen kann es vom Grundstück getrennt und stets kann es getrennt vorgestellt werden. Über Realgewerbeberechtigungen, die mit staatlicher Zustimmung übertragbar sind, vgl. folgende Schriftsteller". Daraus geht doch klar hervor, daß Gierke die Transferierung der Realgewerberechte nur mit staatlicher Zustimmung für zulässig hält.

Auch Dernburg Bd. 1 § 38 S. 78 sagt nur, „Sind gleich die Realrechte ihrem Prinzip nach an das herrschende Gut geknüpft, so ist doch die Untrennbarkeit nicht ausnahmslos." Diese kurze Bemerkung besagt doch nichts dafür, daß Realgewerberechte ohne Genehmigung der Regierung transferierbar seien. In dem von Örtmann verfaßten Ergänzungsband I zu Dernburg Bürgerliches Recht = Bayr. Landes-Priv. R. heißt es denn auch § 115 S. 503: „Die radizierten Gewerberechte sind nur mit dem Grundstück veräußerlich, aber mit obrigkeitlicher Erlaubnis können auch sie vom Grundstück abgetrennt und besonders übertragen werden." Die vom Reichsgericht zitierten Schriftsteller bestätigen also den von ihm aufgestellten Satz nicht. Für die reichsgerichtliche Auffassung läßt sich nur Walter § 131 S. 136 und Maurenbrecher § 348 S. 774 anführen, wenngleich letzterer die freie Transferierbarkeit nur vom Standpunkt des Zivilrechts aus bejaht, aber zugibt, daß, wenn sie partikularrechtlich verneint werde, sich dies aus staatsrechtlichen Gründen rechtfertigen könne. Haubold ist schon nicht mehr zu diesen zu rechnen. Er behandelt nur die Braugerechtigkeiten und sagt, daß für diese in Sachsen die Abtrennung verboten gewesen wäre, bis ein Gesetz vom 5. April 1827 sie erlaubt hätte. (cf. Bd. 1 § 172 Nr. c. S. 179,

---

[1]) Wie wir vorhin gesehen haben, folgt bei ihnen die Untrennbarkeit aus ihrer Natur.

§ 190 Nr. 11 S. 240, Bd 2 § 448 S. 153 Anm. 2). Grundsätzlich steht er also auf dem Standpunkt, daß eine Transferierung von Realgewerbeberechtigungen einseitig durch den Berechtigten nicht möglich sei.

Die gesamte übrige deutsch-rechtliche Literatur, die zu dieser Frage Stellung nimmt, — Eichhorn, Franken, Gengler, Gerber, Hillebrand, Philipps, Roth (Deutsches Priv. Recht) behandeln die Frage garnicht — sagt klipp und klar, Realgewerberechte sind zwar transferierbar, aber nur mit Genehmigung der Regierung. Vgl., soweit noch nicht erwähnt, Kreittmayr, Kap. 27 § 21 S. 2399; Reyscher in Z. f. DR. Bd. 5 S. 59; Reyscher § 245 S. 468, § 250 S. 492; Roth, Bayr. ZR. III § 294 S. 185; Schmid in Ziv. Arch. Bd. 44 S. 26; Unger Bd. 1 S. 579; Wächter Bd. 2 § 49 S. 328; Mittermair Bd. 1 § 173a, Bd. 2 § 523; Schlichtthörle, Seuff. Bl. f. RA. 9 S. 233, cf. auch für Bayern OB. LG. in S. Bl. f. RA., 57, 278; für Württemberg Erl. des Min. d. Innern v. 1. 2. 1887 in Reger II, S. 357. Ob eine Abtrennung eine wesentliche Veränderung ist, darauf kommt es nach der hier vertretenen Auffassung nicht an, es darf überhaupt keine, sei es auch unwesentliche Änderung an dem Inhalte des verliehenen Rechtes ohne Zustimmung des Verleihenden vorgenommen werden. Zur Entscheidung stand in dem oben erwähnten Reichsgerichtsurteile, ob in der Mark Brandenburg, also nach preußischem Recht, eine Realgewerbegerechtigkeit — Abdeckereigerechtigkeit — allein durch den Berechtigten transferiert werden könne. Das gemeine deutsche Privatrecht war vom RG. nur zur Vergleichung und Unterstützung herangezogen worden.

Im preußischen Recht ist nämlich die Rechtslage insofern anders, als dort besondere Bestimmungen bestehen. Zwar das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 ist für die hier behandelte Frage ohne Belang. § 2 dieses Gesetzes lautet: „Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben, 1. das Obereigentum des Lehnsherrn und die lediglich aus demselben entspringenden, im § 5 nicht als fortbestehend bezeichneten Rechte bei allen innerhalb des Staates belegenen Lehen mit alleiniger Ausnahme der Thronlehen. 2 . . . .“ Dieser § 2 bedeutet nur, daß Gewerbegerechtigkeiten, die früher Lehnscharakter hatten, von jetzt an auch ohne Zustimmung des Lehnsherrn frei veräußert werden können. Die Frage, ob der Inhaber die Gerechtigkeit frei veräußern kann, ist aber grundverschieden von der hier behandelten, ob er sie an eine andere Stelle verlegen kann. Für den ihm vorliegenden Fall gründet das RG. seine Auffassung, daß die subjektiv-dinglichen Gewerbe-

gerechtigkeiten in gewissen Fällen einseitig durch den Inhaber auf ein anderes Grundstück transferiert werden können, auf den § 4 des Ges. vom 9. Oktober 1807, den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigentums sowie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner betreffend. Dieser lautet: „Die Besitzer an sich veräußerlicher Städtischer und Ländlicher Grundstücke und Güter aller Art sind nach erfolgter Anzeige bei der Landespolizeibehörde unter Vorbehalt der Rechte der Realgläubiger und Vorkaufsberechtigten zur Trennung der Radikalien und Pertinenzien, so überhaupt zur teilweisen Veräußerung, also auch die Miteigentümer zur Teilung derselben unter sich berechtigt." Es ist zu untersuchen, welche Bedeutung diese Bestimmung für die radizierte Gewerbegerechtigkeit hat. Wir haben gesehen, daß nach ihrer Natur zu jeder Änderung ihres Inhalts — und zu ihrem Inhalt gehört auch die Verbindung mit einem bestimmten Grundstück — die Genehmigung des Staates als des Verleihers erforderlich ist. Durch obige Bestimmung hat nun der Staat sich dieses Rechtes für gewisse Fälle begeben, indem er bestimmt, daß der Eigentümer eines Grundstücks dessen Radikalien und Pertinenzien — zu ihnen gehören auch die subjektiv-dinglichen Gewerbegerechtigkeiten — einseitig abtrennen könne. Damit ist aber dem Berechtigten nicht auch die Befugnis gegeben worden, seine Gerechtigkeit wieder mit einem anderen Grundstück zu verbinden, denn zur Radizierung einer Gewerbegerechtigkeit ist ebenfalls Zustimmung des Staates nötig, wie wir oben dargelegt haben. Und dieses Rechtes hat sich der Staat durch den § 4 des Ges. vom 9. Oktober 1807 nicht begeben. Daß § 4 so nicht aufgefaßt werden kann, zeigt einmal der Zweck des Gesetzes. Es hemmte die freie Entwickelung des Landes das alle möglichen Berechtigungen an den Besitz eines bestimmten Grundstückes geknüpft waren. Das Gesetz wollte den Berechtigten die Möglichkeit geben, diese Fesseln zu beseitigen. Für unseren Fall bedeutete das, daß der Berechtigte die radizierte Gerechtigkeit zur selbständigen Gerechtigkeit machen durfte. Damit ist seine Berechtigung hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation zu einem anders gearteten Rechte geworden. Aber dies gestattete ihm eben dieser § 4. Das beweist ferner der auch vom RG. angezogene § 33 des Ges. vom 7. September 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe. Dies Gesetz sollte das Gewerbesteueredikt vom 2. November 1810 erläutern. § 17 des Gew.-Steuerediktes hatte die ausschließlichen Gewerbegerechtigkeiten aufgehoben, und bestimmte, daß von ihnen nur den Gewerbegerechtigkeiten, die „nicht auf einem Grundstück haften und damit in keiner un-

zertrennlichen Verbindung stehen, die aber dennoch in den Hypothekenbüchern eingetragen stehen", eine Entschädigung für die Aufhebung der Ausschließlichkeit zukommen soll, m. a. W. den selbständigen Gerechtigkeiten. Demgemäß bestimmte § 32 des Gesetzes vom 7. Sept. 1811, „ausschließliche vererbliche und veräußerliche Gewerbsberechtigungen in den Städten, die als solche in den Hypothekenbüchern eingetragen sind, sollen entschädigt werden," womit wieder die selbständigen Gerechtigkeiten gemeint sind. § 33 fährt dann fort: „Auch die vormals auf städtischen Grundstücken unzertrennlich haftenden Gewerbsberechtigungen sind davon nicht ausgeschlossen, weil durch § 4 des Ediktes vom 9. 10. 1807 diese Untrennbarkeit bereits aufgehoben ist." Das bedeutet doch nach dem ganzen Zusammenhang unzweifelhaft: Auch die radizierten Gewerbegerechtigkeiten sollen Entschädigung erhalten, weil die Berechtigten sie jederzeit zu selbständigen Gerechtigkeiten machen können. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Inhaber einer subjektiv-dinglichen Gewerbegerechtigkeit diese zwar zu einer selbständigen Gerechtigkeit machen und als solche in einem anderen Hause wie bisher betreiben kann, daß er aber zu einer Radizierung der Gerechtigkeit auf jenes Haus der Genehmigung der Regierung bedarf.

Das Reichsgericht kommt in jener Entscheidung gerade zu dem umgekehrten Ergebnis, daß der Inhaber zwar die Gerechtigkeit, wenn die Abtrennung keine wesentliche Veränderung bedeutet, auf ein anderes Grundstück transferieren kann, daß er sie aber nicht zu einer selbständigen Gerechtigkeit machen kann. Das aber ist m. E. nicht der Sinn des § 4 des Ediktes vom 9. 10. 1807 wie der Zweck dieses Gesetzes in Verbindung mit dem § 33 des Gesetzes vom 7. 9. 1811 ergibt. Auch führt die Auffassung des Reichsgerichts praktisch zu dem Ergebnis, daß eine jede Entscheidung auf schwankendem Boden steht. Die Transferierung durch den Berechtigten soll nach ihm nur möglich sein, wenn die Gerechtigkeit dadurch nicht wesentlich verändert wird. Wo hört aber das Unwesentliche auf, und wo fängt das Wesentliche an? Nach welchem Gesichtspunkt ist endlich zu entscheiden, wenn mehrere Verlegungen stattfinden? Wenn ferner das RG. zur Unterstützung seiner Ansicht ausführt, mit Rücksicht auf § 4 des Gesetzes vom 9. 10. 1807 und § 33 des Gesetzes vom 7. 9. 1811 sei auch von Rechtssprechung und Verwaltungsbehörden die Verlegung von radizierten Gewerbegerechtigkeiten, namentlich von Apotheken-, Brennerei- und Schankgerechtigkeiten, auf andere Grundstücke, wenn nicht besondere Umstände entgegenstanden, für zulässig erklärt worden, und zum Beweis dafür die

Entscheidungen des preußischen Obertribunals Bd. 8 S. 299, Bd. 33 S. 451, das Gutachten in Preuß. JMBl. 1840 S. 113 und die Reskripte in Kamptz Annalen Bd. 14 S. 604 und 605 anführt, so ist das hinsichtlich der Brennerei- und Schankgerechtigkeiten offenbar unrichtig. Die dafür angeführten Entscheidungen und Reskripte besagen wenigstens gerade das Gegenteil. Die beiden Entscheidungen des Obertribunals stellen ausdrücklich fest, daß subjektiv-dingliche Schankgerechtigkeiten durch Parteiwillkür nicht auf ein anderes Grundstück übertragen werden können. In RG. Gruchot 53, 1167 werden denn auch diese Entscheidungen als Vertreter der alten, der RGZ. 67, 221 entgegenstehenden Ansicht aufgeführt. In dem Beschluß des Ministeriums des Innern und der Polizei vom 30. August 1830 in Kamptz Annalen Bd. 14 S. 604 heißt es: „Die Realschankgewerbegerechtigkeiten sind zwar nicht aufgehoben, jedoch kann die Befugnis eines mit einer Realberechtigung versehenen Grundeigentümers sein Realrecht als solches an einen Dritten zu verkaufen, nicht in dem Umfang anerkannt werden, daß der Ankäufer das Schankgewerbe beliebig auf einem anderen Grundstücke als Realrecht ausübe."

Und das Reskript der Minister des Innern und der Finanzen vom 4. Juli 1830 a. a. O. S. 605 behandelt einen Fall, wo ein Teil des berechtigten Grundstücks mit einem Teil eines anderen Grundstücks vertauscht war. Die Regierung hatte das Gesuch des Inhabers der Schankgerechtigkeit, sein Schankrecht auf die erworbenen Teile übertragen zu dürfen, abgelehnt. Die Minister gaben der dagegen erhobenen Beschwerde nach, weil eine Transferierung garnicht in Frage komme, sondern die Schankgerechtigkeit auf dem nichtvertauschten größeren Teil stehen geblieben sei. Daraus ist auch zu entnehmen, daß eine einseitige Übertragung auf ein anderes Grundstück als nicht angängig angesehen wurde. Das Gutachten vom 10. März 1840 im JMBl. 1840 S. 113 kommt für Apothekengerechtigkeiten allerdings im Ergebnis zur Gestattung der Transferierung, wenn auch die Begründung anders ist als wie die des RG. Es heißt da: „Die Eintragung der solchergestalt noch fortdauernden älteren Apothekenprivilegien in das Hypothekenbuch unterliegt nach Titel I, § 14 HypO.[1]) an und für sich überall keinen Bedenken. Ebenso ist auch ihre Verbindung mit einem bestimmten Grundstück als Realpertinenz und die diesfällige Eintragung nach Vorschrift der HypO. Tit. I § 12

[1]) Buchung unter selbständige Nummer, entspricht der Eintragung in Abt. I unseres jetzigen Bestandsverzeichnisses.

und 35[1]) für statthaft zu erachten, wenn auch dadurch nach § 4 des Edikts vom 9. 10. 1807 und § 33 des Gesetzes vom 7. 9. 1811 keine untrennbare Zugehörigkeit entsteht.“ Damit ist doch gesagt, der Inhaber eines selbständigen Apothekenprivilegs kann dieses zu einem subjektiv-dinglichen machen, aber ebenso später wieder zu einer selbständigen Gerechtigkeit. Hiernach könnte natürlich der Inhaber auch die Verbindung mit dem einen Grundstück aufheben und mit einem anderen herstellen. Dies würde zu demselben Ergebnis führen, als wenn das Reichsgericht die Transferierung zuläßt. Der Fehler in diesem Gutachten liegt m. E. darin, daß es dem Inhaber einer selbständigen Gerechtigkeit gestatten will, sie zu radizieren. Nach welchen Bestimmungen dies zulässig sein soll, legt das Gutachten auch nicht dar. Wir haben ja schon oben ausgeführt, weshalb dies unzulässig ist und brauchen deshalb nicht noch einmal darauf einzugehen. Auch in einer anderen Beziehung vertritt hier das Gutachten eine unrichtige Anschauung, insofern es nämlich die Veräußerung des Grundstücks, mit dem ein Apothekerprivileg verbunden ist, an einen nichtqualifizierten Erwerber nicht zulassen will.

Der RGZ. 67 221 sind mit Berufung auf sie, aber vielfach weitergehend gefolgt: RG. in Gruchot 53 S. 1170, und Winter im Recht 1910 S. 480. Letzterer will alle subjektiv-dinglichen Gewerbegerechtigkeiten formell wie selbständige Gerechtigkeiten behandeln, und demnach ihre Buchung in Abt. I des Bestandsverzeichnisses zulassen, da sie durch ihre Übertragbarkeit auf ein anderes Grundstück materiell den selbständigen Gerechtigkeiten gleichgestellt seien. Turnau-Förster Bd. 1 S. 14, 31, 439, Bd. 2 S. 37 und Stranz-Gerhard zu Art. 40 Anm. 7 ff., auf die er sich beruft, besagen das aber nicht. Güthe Bd. 2 S. 1379 zu Art. 22 AG. GrBO. bezieht obige zwei Reichsgerichtsentscheidungen unrichtig auf selbständige Gerechtigkeiten. Er befürwortet die Verlegbarkeit und sagt: „Wenn die Gerechtigkeit nicht getrennt werden kann, so handelt es sich eben nicht um eine selbständige Gerechtigkeit, sondern um eine subjektiv-dingliche.“ Gerade um eine solche dreht sich aber hier der Streit. Die frühere Rechtsprechung, die Transferierung allein durch den Berechtigten in keinem Falle zulassen will, kann gegen die reichsgerichtliche Auffassung für das preußische Recht nicht verwertet werden, weil sie alle den § 4 des Gesetzes vom 9. 10. 1807 nicht berücksichtigen. Hervorgehoben seien OVG. 8, 273; 54, 24; OVG. vom 19. 4. 1909 in A. Ztg. 1909 Nr. 34 S. 308.

[1]) Vermerk in der I. Rubrik bei dem titulus possessionis entspricht dem Vermerk in Abt. II unseres Bestandsverzeichnisses.

Meiner Ansicht nach ist daran festzuhalten, daß auf Grund des § 4 des Gesetzes vom 9. 10. 1807 der Inhaber einer radizierten Gewerbegerechtigkeit wohl diese Verbindung lösen und seine Gerechtigkeit zu einer selbständigen machen kann, aber nicht sie auf ein anderes Grundstück radizieren kann. Dies Ergebnis kann natürlich nur für die Gebiete in Betracht kommen, in denen das Gesetz vom 9. 10. 1807 gilt. Dies ist z. B. nicht der Fall in den später erworbenen Gebieten. Wenn in diesen, wie in Kurhessen, keine besonderen Bestimmungen ergangen sind, so gilt der allgemeine, aus der Natur der radizierten Gewerberechte hergeleitete Grundsatz, daß sie nicht ohne Genehmigung der Regierung von dem Grundstück abgetrennt werden können.

Für Apothekenprivilegien ist die ganze Frage von minderer Bedeutung, da sich bei ihnen die Staaten im medizinal-polizeilichen Interesse für jede Verlegung die Genehmigung vorbehalten haben. Wie wir schon früher gesehen haben, besagt dies für Kurhessen § 253 Med.-O., für Altpreußen § 6 RevAO. Diese spezielle Vorschrift ist auch durch § 4 des Gesetzes vom 9. 10. 1807 nicht beseitigt worden. Praktisch bedeutet also dieser § 4 für ein radiziertes Apothekenprivileg nur, daß es der Inhaber von dem Grundstück loslöse und auf ihm als selbständige Gerechtigkeit weiter betreiben kann. Wenn freilich das Grundstück, auf das das Apothekerprivileg radiziert ist, belastet ist, so kann eine lastenfreie Abtrennung nur mit Genehmigung der Realgläubiger erfolgen, einerlei ob das Privileg im Grundbuch vermerkt ist oder nicht. § 876 BGB. Trotzdem würde es sich für die Realgläubiger empfehlen, den Vermerk herbeizuführen; tun sie das nicht, so könnte bei dennoch erfolgter Abtrennung möglicherweise ein Dritter einen gutgläubigen Erwerb machen. Bedeutung kommt der Möglichkeit der Abtrennung von dem Grundstück besonders dann zu, wenn der Inhaber das Privileg ohne das Grundstück belasten will. Denn einer selbständigen Belastung des Privilegs steht, solange es radiziert ist, entgegen, daß nach § 4 a. a. O. nur der Besitzer, d. h. der Eigentümer, nicht aber ein dinglich Berechtigter, das Privileg abtrennen kann.[1]) Endlich ist auch die Möglichkeit der Abtrennung wertvoll, wenn der Eigentümer das Grundstück ohne das Privileg belasten will.

---

[1]) Vgl. über die Unmöglichkeit einer selbständigen Belastung von Grunddienstbarkeiten, bei denen die Verhältnisse allerdings insofern anders liegen, als auch der Eigentümer des Grundstücks sie nicht abtrennen kann, Enneccerus-Wolff Bd. 2, 1 Abt. § 108 IV S. 343.

Lebenslauf.

Am 24. Dezember 1889 wurde ich als Sohn des Rittergutsbesitzers Philipp Deichmann und seiner Frau Marie, geb. Gudewill, auf dem Rittergut Gilserhof, Kreis Homberg an der Efze, geboren.

Im Frühjahr 1908 erwarb ich das Reifezeugnis an dem Königlichen Wilhelmsgymnasium zu Cassel. Sodann studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften und zwar im Sommersemester 1908 in Göttingen, im Wintersemester 1908/1909 und im Sommersemester 1909 in Freiburg i. B., im Wintersemester 1909/1910 und im Sommersemester 1910 in Heidelberg und im Wintersemester 1910/1911 in Marburg. Seit Bestehen meines Referendarexamens im Herbst 1911 bin ich als Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Cassel beschäftigt.

Am 6. Mai 1913 bestand ich in Marburg mein Doktorexamen mit dem Prädikat magna cum laude.